U l r i c h V o l l

Der Rechtscharakter des Gemeindehaushaltsplanes

1 9 7 2

1971

DER RECHTSCHARAKTER DES GEMEINDEHAUSHALTSPLANES

Inauguraldissertation

zur Erlangung
des akademischen Grades eines Doktors der Rechte

durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Ulrich Voll
aus Castrop-Rauxel

1972

Erster Berichterstatter : Prof. Dr. Dr. Pagenkopf

Zweiter Berichterstatter : Prof. Dr. Menger

Dekan : Prof. Dr. Kiefner

Tag der mündlichen Prüfung: 19. November 1971

UNIV. LEIDEN BIBL.

Inhaltsübersicht

		Seite
Literaturverzeichnis		IX
Abkürzungsverzeichnis		XXII
Einleitung		1
1. Kapitel	Rechtlicher Inhalt des Haushaltsplanes samt vorgeschriebenen Anlagen und Vorbericht	6
	Zum Ausdruck "rechtlicher Inhalt"	6
§ 1	Rechtlicher Inhalt der Einnahmeansätze, Ausgabeansätze und Erläuterungen sowie der vorgeschriebenen Anlagen und des Vorberichts	8
A.	Einnahmeansätze	8
I.	"Ermächtigung" zu Einnahmen	8
1.	Ermächtigungen zur Einziehung von Forderungen	8
2.	Erlaubnisse zur "Appropriation" von Einnahmen	12
3.	Adressaten der Einnahme-Erlaubnisse	14
II.	Befehl zur Erhebung von Einnahmen	15
B.	Ausgabeansätze	16
I.	"Ermächtigung" zu Ausgaben	16
1.	Amtliche Erlaubnis zu Ausgaben	16
2.	"Bewilligte" und "bloß anerkannte" Ausgaben	17
II.	Befehl zur Leistung von Ausgaben	19
1.	Befehl zur Leistung "gebundener" Ausgaben	20
2.	Befehl zur Leistung "freier" Ausgaben	21
C.	Erläuterungen	26
I.	Erläuterungen i.e.S.	27
II.	Vermerke	28
1.	Zweckbindungsvermerk	28
2.	kw.-Vermerk	28
3.	Deckungsvermerke	29
4.	Übertragbarkeitsvermerk	30
D.	Vorgeschriebene Anlagen und Vorbericht zum Haushaltsplan	30
I.	Sammelnachweise	31
	Zum Begriff	31
1.	Ausgabe-Erlaubnisse	32

Seite

2. Deckungsfähigkeit von Ausgaben 33
3. Sammelnachweise als Buchungsstellen 34
II. Stellenplan 34
1. Stellenplanentwurf 35
2. Stellenplan und Gewährung von Dienstbezügen 35
III. Wirtschaftspläne 36
IV. Übrige vorgeschriebene Anlagen 38
V. Vorbericht 39

2. Kapitel Rechtscharakter des Haushaltsplanes 41
Gemeindliche Satzungen als Rechtsquellen 41
1.Abschnitt Erlaubende Rechtssätze 43
§ 2 Erlaubnisse als Inhalt von Rechtssätzen bzw. selbständigen Rechtssätzen 43
A. Darstellung 43
1. D.1,3,7 (Modestinus) 44
2. Brinz usw. : Gebot, Verbot, Gewährung 44
3. Thöl 44
4. Binding 46
5. Thon 46
6. Schuppe 47
7. Windscheid 47
8. Binder 47
9. Bierling 47
1o. Kelsen 48
B. Kritik 49
I. Gebot, Verbot, Gewährung 5o
II. Imperative als einziger Inhalt von Rechtssätzen 52
1. Schema der Argumentation 52
2. Kritik 53
III. Schuppe, Thon 55
IV. Windscheid, Binder 58
1. "Form" —— "Wirklichkeit" 58
2. "Inhalt" und "materielle Bedeutung" 59
3. "Bedeutung" eines Rechtssatzes 63
4. Identischer "Sinn" von Rechtssätzen 65
5. Ergebnis 67
V. Bierling, Kelsen 68
1. Bierling : "Verständlicher Sinn" von Rechtssätzen 68
2. Bierling, Kelsen : "Vernünftiger Sinn" von erlaubenden Rechtssätzen 69

Seite

2.Abschnitt Laband : Das Haushaltsgesetz als nur-formelles Gesetz 71

Haushaltssatzung und Haushaltsgesetz 71

§ 3 Das Haushaltsgesetz als nur-formelles Gesetz - Darstellung der Lehre Labands - 72

I. Die Feststellung des Voranschlags als Verwaltungsakt in der Form des Gesetzes. Der Etat als Rechnung 72

II. Folgerungen aus diesem Prinzip für die Grenzen des Budgetbewilligungsrechts der Volksvertretung sowie für das Zustandekommen und das Nicht-Zustandekommen des Etats 77

III. Abgrenzung der Verwaltung von der Gesetzgebung 8o

§ 4 Bezüge der Lehre Labands vom Etat als nur-formellem Teil des Etatsgesetzes zu den Zeitumständen. Labands Probleme und das gegenwärtige Gemeinderecht 81

A. Bezüge der Lehre Labands zu den Zeitumständen 81

I. "Haupttendenz" von Labands Lehre 81

II. Der Verfassungskonflikt in Preußen 1862 - 1866 83

1. Der Verfassungskonflikt 83

2. Der Konflikt als Streit um das Budgetrecht der Volksvertretung 85

III. Probleme im Verfassungskonflikt und Labands Probleme 87

B. Labands Probleme und das gegenwärtige Gemeinderecht 88

I. Das Problem der Grenzen des Budgetbewilligungsrechts und das Problem der Übergangswirtschaft 88

II. Frage nach dem Rechtscharakter des Haushaltsplans 9o

§ 5 Kritik der Labandschen Konstruktion des Haushaltsgesetzes als nur-formellen Gesetzes 91

I. Ansatzpunkt für die Kritik 91

II. "Gesetztes Recht ⟷ Verwaltungshandlungen" 92

1. Kritik dieser Entgegensetzung 92

2. "Sphäre des Rechts ⟷ Sphäre der Tatsachen" 93

III. Der Etat als "Rechnung" ("Tatsachen" als Inhalt des Etats) 95

1. Die Angaben der "Rechnung" als "Tatsachen" 95

2. Die Kennzeichnung des Etats als "Rechnung" und die Aufgabe einer positiven Charakterisierung des Haushaltsplans 96

IV. "Bedürfnis des Rechts ⟷ Bedürfnis der Wirtschaft" als Kriterium für die Abgrenzung von Gesetzgebung und Verwaltung 98

Seite

V. "Wollen und Denken des Staates ⟷ Handeln des Staates" 100

1. Kritik dieser Entgegensetzung 100

2. Zu Labands Begriff des "staatlichen Handelns" 101

3. Abschnitt Die Charakterisierung des Haushaltsplanes als Nicht-Recht auf Grund der Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff 104

§ 6 Begründung der Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff mit der Existenz oder der Möglichkeit "unverbindlichen Gesetzesinhalts" 105

A. Gesetze mit unverbindlichem neben verbindlichem Inhalt 106

I. Darstellung 106

II. Kritik 107

1. Labands Definition des Gesetzes im formellen Sinne und die Kategorien "Realdefinition" und "Nominaldefinition" 107

2. Labands Definition und das Postulat der Vollständigkeit der Definition 109

B. Gesetze mit bloß unverbindlichem Inhalt 110

I. Existenz solcher Gesetze 111

II. Möglichkeit des Erlasses von gänzlich unverbindlichen Gesetzen 113

"Gesetz im Sinne der Verfassung" 113

1. Kritische Meinungen zur Berücksichtigung gänzlich unverbindlicher Gesetze bei der Bildung des Gesetzesbegriffs 114

2. Stellungnahme zu diesen Meinungen 116

3. Ergebnis 126

§ 7 Laband und Georg Jellinek : Das Recht als "sociale Schrankenziehung" 127

A. Darstellung 127

I. Laband 127

II. Georg Jellinek 128

B. Kritik 133

I. Laband und Georg Jellinek : Das Recht als "sociale Schrankenziehung" 133

1. Das Recht als "sociale Schrankenziehung" und die Situation des ungesellig lebenden Menschen 134

2. Das Recht als "sociale Schrankenziehung" und die Situation des gesellig lebenden Menschen 134

II. Labands Abgrenzung des Rechts vom Bereich der Verwaltung 138

1. "Innenraum der Verwaltung" und Recht : Der verwaltende Staat als Hausherr 138

Seite

2. "Innenraum der Verwaltung" und Recht : Der verwaltende Staat als juristische Person 140
III. Grenzen des Rechts nach G.Jellinek 142
1. Der "nächste Zweck" eines Gesetzes 142
2. Der Staat als Persönlichkeit und die innere Staatsordnung als Rechtsordnung 143
§ 8 Anschütz : Das Recht als Eingriff in "Freiheit und Eigentum" 148
A. Darstellung 148
B. Kritik 151
I. Aufgaben des Rechts und Anschütz' Rechts-Definition 151
II. "Freiheit und Eigentum"-Klausel und Anschütz' Auffassung von dieser Klausel 152
1. Die Versionen dieser Klausel beim Freiherrn vom Stein und in der nassauischen Verfassung von 1814 152
2. Anschütz' Auffassung von dieser Klausel 154
§ 9 Das Recht als ein Inbegriff von allgemeinen Normen 156
1. Zustand der Lehre von der Allgemeinheit des Rechtssatzes 156
2. Kelsen und Carl Schmitt 158
3. Hinweis auf andere Autoren 160
A. Lehren J.-J. Rousseaus 161
I. Darstellung 161
II. Kritik 164
B. Georg Meyers Lehre 167
I. Darstellung 167
II. Kritik 170
G.Meyers Lehre und der Kernpunkt der "Budgetfrage" 170
1. Meyers Auffassung von der römischrechtlichen Terminologie und der Gebrauch des Wortes "lex" 171
2. "Gesetz" in den Schriften deutscher Publizisten und Zivilisten und Meyers Auffassung davon 174
3. "Gesetz" in deutschen Verfassungen des 19.Jahrhunderts und Meyers Auffassung von diesem Sprachgebrauch 175
4. Ergebnis 179
C. Argumente gegen den "begriffsnotwendig allgemeinen Charakter des Gesetzes" 179
I. Erklärungen für die Entstehung allgemeiner Rechtssatze 180
II. Argumentation mit der Gleichheit der Rechtswirkungen von allgemeinen und nicht-allgemeinen Normen (Thon) 184

Seite

III. Argumentation mit der Erforderlichkeit nicht-allgemeiner Rechtssätze 182

§ 1o Laband, G.Jellinek usw. : Kongruenz des Rechts mit dem Vorbehalt des Gesetzes
Laband, G.Jellinek, Anschütz : Keine "Transsubstantiation" eines Nicht-Rechtssatzes durch die Anwendung der Gesetzesform 184

A. Laband, G.Jellinek usw. : Kongruenz des Rechts mit dem Vorbehalt des Gesetzes 184

B. Laband, G.Jellinek, Anschütz : Keine "Transsubstantiation" eines Nicht-Rechtssatzes durch die Anwendung der Gesetzesform 187

I. Darstellung 187

II. Kritik 188

Deutung des Ausdrucks "Substanz" 188

1. Identität eines gedachten Staatsaktes mit einem wirklichen Staatsakt 189

2. "Substanz" oder "Wesen" eines Staatsakts 19o

4.Abschnitt Einige rechtliche Charakterisierungen des Haushaltsplans auf Grund der Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff 199

§ 11 199

Sichtung von Meinungen 199

A. "Parlamentarisches Rechtsgeschäft" 199

I. Darstellung 199

II. Kritik 2oo

B. "Plan" 2o3

I. "Plan" 2o3

II. "Verwaltungsrechtlicher Plan" (Obermayer) 2o4

III. "Verwaltungsrechtlicher Plan" (Imboden) 2o5

C. "Verwaltungsakt" 2o6

I. Darstellung 2o6

II. Kritik 2o7

1. Haushaltsplanfestsetzung als Verwaltungsakt 2o7

2. Haushaltsplan als Verwaltungsakt 2o8

3. Ergebnis 213

D. "Staatsleitender Gesamtakt" 213

I. Darstellung 214

II. Kritik 216

1. Die Budgetverabschiedung als Ausfüllung einer Blankettnorm 216

2. Die Budgetverabschiedung als "staatsleitender Akt" 221

Seite

3. Der Haushaltsplan als "staatsleitender Gesamtakt" 223

Schlußbetrachtung 225

Literaturverzeichnis

Anschütz, Studien
Gerhard A., Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz. 2.Aufl. Berlin 1913

Anschütz, Theorieen
ders., Die gegenwärtigen Theorieen über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preussischem Staatsrecht. 2.Aufl. Tübingen und Leipzig 1901

Anschütz, WRV
ders., Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.August 1919. Kommentar.14.Aufl.Berlin 1933

Arndt,AöR 3, 533
Adolf A., Das Preussische und das Reichs-Budgetrecht. AöR 3 (1888), 533

Arndt, PrVf
ders., Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat. Kommentar. 7.Aufl. Berlin 1911

Baldinger, Semasiologie
Kurt B., Die Semasiologie. Versuch eines Überblicks.
Deutsche Akademie der Wissenschaften zu Berlin. Vorträge und Schriften H. 61.Berlin 1957

Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung
Horst B., Die Kunst der Gesetzesauslegung. 4.Aufl. Frankfurt a.M. 1967

Berkenhoff, GemHlt 1954,81
Die Gemeindehaushaltsverordnungen des Reiches und des Landes Nordrhein-Westfalen

Berkenhoff, GemHlt 1952,46
Fortentwicklung des Gemeindehaushaltsrechts.

Bierling, Prinzipienlehre I
Ernst Rudolf B., Juristische Prinzipienlehre Bd.I Freiburg i.B. und Leipzig 1894

Bilfinger, AöR 55,416
Carl B., Der Streit um das Panzerschiff A und die Reichsverfassung.AöR 55 (1929),416

Binder, Rechtsnorm
Julius B., Rechtsnorm und Rechtspflicht Leipzig 1912

Binding, Hb I
Karl B., Handbuch des Strafrechts. I. Bd. Leipzig 1885

Binding, KrVJSchr. 21, 542
Karl B., Rezension: Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. KrVJSchr.21 (1879), 542

Bocheński, Logik
J.M.B., Formale Logik, Freiburg/München 2.Aufl. (1962)

Böckenförde, Gesetz
Ernst-Wolfgang B., Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der dt. Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechlichen Positivismus. Diss.jur.Münster 1958, Berlin 1958

Böckenförde, Organisationsgewalt
ders., Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung. Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Berlin 1964

Bornhak, PrStR III
Conrad B., Preußisches Staatsrecht 3.Bd.Freiburg i.B. 1890

Braun, AöR 45, 42
Paul Ernst B., Die Ausgabeinitiative des Parlaments in ihrer Entwicklung und Geltung AöR 45 (1924), 42

Brinz, Pand.I
Alois B., Lehrbuch der Pandekten Bd.I.3.Aufl.(des 1.u.2.Buches) Erlangen 1884

Bucher, SubjRecht
Eugen B., Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965

Bülow, Geständnissrecht
Oskar B., Das Geständnissrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen. Freiburg i.B., Leipzig u. Tübingen 1899

Buhlmann, GemHlt 1959,53
Günther B., Stellenpläne und Haushaltssatzung nach dem nordrhein-westfälischen Gemeinderecht.

Cronau, Haushaltsplan
Günter C., Der Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung. Diss.jur.Münster 1962

Eisele, AcP 69,275
Fr.E., Unverbindlicher Gesetzesinhalt AcP 69((1886)), 275

Eisler, PhilosHdWb Rudolf E.,
Handwörterbuch der Philosophie.
2.Aufl. neu herausgegeben von Richard Müller-Freienfels. Berlin 1922

Eisler, PhilosWb III
ders., Wörterbuch der philosophischen Begriffe
3.Aufl. 3.Bd. SCI-Z
Berlin 1910

Engisch, Einführung
Karl E., Einführung in das juristische Denken.
4.Aufl., Stuttgart,Berlin,Köln, Mainz 1968

Engisch, Gesetzesanwendung
ders., Logische Studien zur Gesetzesanwendung
3.Aufl. Heidelberg 1963

Engisch, Rechtsbegriffe
ders., Die Relavitität der Rechtsbegriffe.
Deutsche Landesreferate zum V. internationalen
Kongreß für Rechtsvergleichung in Brüssel 1958
Hg.Murad Ferid (Berlin 1958), S. 59 ff.

Engisch, Urteil
Vom Sinn des hypothetischen juristischen Urteils,
Existenz und Ordnung, Festschrift f. Erik Wolf,Hg
Thomas Würtenberger, Werner Maihofer, Alexander
Hollerbach. Frankfurt a.M. 1962, S.398 ff.

Engliš, ARSP 1964,305
Karel E., Die Norm ist kein Urteil

Erman, BGB
Walter E., Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, 4.Auflage Münster 1967

Forsthoff, Verwaltungsrecht
Ernst F., Lehrbuch des Verwaltungsrechts.
9.Auflage München und Berlin 1966

Frege, Gedanke
Gottlob F., Der Gedanke. Eine logische Untersu-
chung (Beiträge zur Philos. des dt. Idealismus
1, 1918 - 1919, S.58), zitiert nach:Gottlob Frege
Logische Untersuchungen, Hg. Günther Patzig.
Göttingen 1966, S.30

Frege, Sinn
Gottlob F., Über Sinn und Bedeutung (Zeitschrift
für Philosophie und philos. Kritik NF 100(1892)
25) zitiert nach: Gottlob Frege,Funktion,
Begriff, Bedeutung. Fünf logische Studien.
Hg. Günther Patzig, 2.Aufl. Göttingen 1966,S.40

Frege, Verneinung
Gottlob F., Die Verneinung. Eine logische Unter-
suchung.(Beiträge zur Philosophie des deutschen
Idealismus 1, 1918-1919, S.143) zitiert nach:
Gottlob Frege, Logische Untersuchungen.
Hg. Günther Patzig. Göttingen 1966, S.54

v.Freytag - Löringhoff, Logik
Bruno Baron von Freytag gen.Löringhoff
Logik. Ihr System und ihr verhältnis zur Logistik.
3.Aufl. Stuttgart 1961

Friauf, Staatshaushaltsplan
Karl Heinrich F., Der Staatshaushaltsplan im Spannungsfeld zwischen Parlament und Regierung. I Verfassungsgeschichtliche Untersuchungen über den Haushaltsplan im deutschen Frühkonstitutionalismus mit einer kritischen Übersicht über die Entwicklung der budgetrechtlichen Dogmatik in Deutschland. Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968

Fricker, ZStW 17, 636
F., Die Natur der Steuerverwilligung und des Finanzgesetzes. ZStW 17 (1861), 636

Gierke, PrivatR I
Otto G., Deutsches Privatrecht.
I.Bd., Allgemeiner Teil und Personenrecht
Leipzig 1895

Gierke, SchmollersJb 7, 1097
ders., Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, SchmollersJb 7(1883), 1097

Gneist, Budget
Rudolf G., Budget und Gesetz nach dem konstitutionellen Staatsrecht Englands mit Rücksicht auf die deutsche Reichsverfassung. Berlin 1867

Gönnenwein, GemR
Otto G., Gemeinderecht. Tübingen 1963

Haenel, Studien II
Albert H., Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne. Studien zum Deutschen Staatsrechte. II. Bd. 2.Heft (II.Bd. S. 97). Leipzig 1888

Hatschek-Kurtzig, StR II
Julius Hatschek, Deutsches und preußisches Staatsrecht, 2. Aufl. neu bearbeitet hg. von Paul Kurtzig. 2.Bd. Berlin 1930

Heckel, HbDStR II 358
Johannes H., Die Entwicklung des parlamentarischen Budgetrechts und seiner Ergänzungen.

Heckel, HbDStR II 374
ders., Einrichtung und rechtliche Bedeutung des Reichshaushaltsgesetzes.

Heckel, HbDStR II 392
ders., Die Budgetverabschiedung, insbesondere die Rechte und Pflichten des Reichstags.

Heinig, Budget
Kurt H., Das Budget. 3 Bände . Tübingen 1949-1951

Heller, VVDStRL 4, 98
Hermann H., Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung. VVDStRL 4 (1928), 98

Henkel, Rechtsphilosophie
Heinrich H., Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts.
München, Berlin 1964

Herschel, NJW 1968,617
Wilhelm H., Regeln der Technik.

Hesse, Grundzüge
Konrad H., Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.
5.Aufl. Karlsruhe 1972

Hettlage, DÖV 1955,33
Karl Maria H., Finanzrecht und Finanzpolitik. Grundsätzliche Überlegungen zur Neuordnung des Bundesfinanzrechts(Schluß)

Hettlage-Loschelder,GemHhR
Karl Maria H., Wilhelm L., Gemeindewirtschaftsrecht Teil 2: Gemeindehaushaltsrecht (Kommentar zur GemHVO 1937) 3.Aufl. Berlin und Eberswalde 1941.

Heumann-Seckel, Handlexikon
H.H., E.S., Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 9.Auflage Jena 1907

Hölzl, bayGO
Josef H., Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern. 4.Aufl. München 1963

Holstein, Theorie der Verordnung
Günther H., Die Theorie der Verordnung im französischen und belgischen Verwaltungsrecht, in: Bonner Festgabe für Ernst Zitelmann zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum.
München und Leipzig 1923, S. 307

Huber, VfGesch.III
Ernst Rudolf H., Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789 Bd. III Bismarck und das Reich.
Stuttgart 1963

Imboden, VVDStRL 18, 113
Max I., Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut. VVDStRL 18 (1960), 113

Jahn, AöR 60, 244
Gustav J., Der § 18 des Reichshaushaltsgesetzes für das Rechnungsjahr 1931 vom 30.März 1931.
AöR 60 (1932), S.244

G.Jellinek, Gesetz
Georg J., Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage.
Tübingen 1887

G.Jellinek, Staatslehre
Georg J., Allgemeine Staatslehre.
3.Aufl. 7. Neudruck (Unveränderter Nachdruck des von Walter Jellinek 1928 herausgegebenen 5.Neudrucks der dritten Auflage) Darmstadt 1960

G.Jellinek, System
Georg J., System der subjektiven öffentlichen Rechte.
2.Auflage Tübingen 1905. Nachdruck Darmstadt 1963

W.Jellinek, Gesetzesanwendung
Walter J., Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung Tübingen 1913

W.Jellinek, HbDStR II 160
ders., Das einfache Reichsgesetz.

W.Jellinek, VwR
ders., Verwaltungsrecht. 3.Aufl. Unveränderter Neudruck. Offenburg 1948

v.Jhering, Zweck I
Rudolph v.J., Der Zweck im Recht.
I.Bd.Leipzig 1877

Kant, Werke IV
Immanuel K., Die Metaphysik der Sitten. Erster Teil. Metaphysische Anfangsgründe d.Rechtslehre.
Werke in 6 Bänden. Hg. Wilhelm Weischedel.
Bd.IV: Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie. Darmstadt 1963, S.303 ff.

Kaser, Ius
Max K., Das altrömische jus. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer. Göttingen 1949

Kaufmann, WbDStVwR III 688
Erich K., Artikel "Verwaltung, Verwaltungsrecht" im Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. Begründet von Karl Freiherr von Stengel. 2.Aufl. Hg. Max Fleischmann.
3.Band Tübingen 1914, S.688

Kelsen, Hauptprobleme
Hans K., Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze.
Tübingen 1911

Kelsen, RRL
ders., Reine Rechtslehre.2.Aufl. Wien 1960

Kelsen, Staatslehre
ders., Allgemeine Staatslehre.
Enzyklopädie der Rechts- u. Staatswissenschaft.
Hgg. E.Kohlrausch, W.Kaskel, A.Spiethoff
Abt. Rechtswissenschaft. Hgg. Eduard Kohlrausch, Walter Kaskel. XXIII. Berlin 1925

Köckritz-Ermisch-Maatz s.S. XXI a
Kolms s.S. XXI a

Köttgen, DVBl.1955, 445
Arnold K., Gemeindliches Satzungsrecht und Grundgesetz.

Kottenberg - Rehn, nwGO
Kurt K. u. Erich R., Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen. Kommentar.9.Auflage. Siegburg 1970

Krüger, Rechtsverordnung
Herbert K., Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung. Festschrift Rudolf Smend, Göttingen 1952,S.211

Kunze-Schmid, bwGO
Richard K., Carl S., Gemeindeordnung für Baden-Württemberg. Kommentar 2.Aufl.Stuttgart 1964

Laband, AnnDR 1873, Sp.405
Paul L., Das Finanzrecht des Deutschen Reiches.

Laband, AöR 1,172
ders., Zur Lehre vom Budgetrecht. Rezension von: Gustav Seidler, Budget und Budgetrecht im Staatshaushalte der constitutionellen Monarchie, mit besonderer Rücksichtnahme auf das österreichische und deutsche Verfassungsrecht. AöR 1, (1885),172

Laband, Budgetrecht
ders., Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes Berlin 1971

Laband, StR I
ders., Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 5.Aufl. 1.Band Tübingen 1911

Laband, StR II
dass., 2.Band Tübingen 1911

Laband, StR IV
dass., 4.Band Tübingen 1914

Larenz, Methodenlehre
Karl L., Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 2.Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1969

Lasker, VfGesch.335
Eduard L., Die Finanzvorschriften der preußischen Verfassungsurkunde. in: Zur Verfassungsgeschichte Preußens. (VII. Fragen des Staatsrechts. 1862,1863). Leipzig 1874, S.335 ff.

Lasker, VfGesch.355
ders., Was geschieht, wenn das Etatsgesetz nicht zur Vereinbarung gelangt? Ebenda S.355 ff.

Lehmann, Stein III
Max L., Freiherr vom Stein. Dritter Theil. Nach der Reform 1808 - 1831
Leipzig 1905

Loschelder-Giere, GemHhR
Wilhelm L., Gustav G., Gemeindehaushaltsrecht. Kommentar zu den Gemeindehaushaltsverordnungen der Länder. 2.Aufl. Stuttgart u. Köln 1964

v.Mangoldt-Klein, GG II
Hermann v.M., Friedrich K., Das Bonner Grundgesetz. Bd. II . Unveränderter Nachdruck Berlin u. Frankfurt a.M. 1966

v.Martitz, ZStW 36,2o7
Ferdinand v.M., Ueber den constitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Staatsrecht. ZStW 36 (188o), 2o7

Maunz, StR
Theodor M., Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch 17.Aufl. München 1969

Maunz-Dürig-Herzog, GG
Theodor M., Günter D., Roman H., Grundgesetz. Kommentar. 3.Aufl. München 1968
(Der Name des Verfassers der jeweils zitierten Erläuterung ist unterstrichen.)

Mayer, VwR I
Otto M., Deutsches Verwaltungsrecht. 1.Bd. 3.Aufl. München u.Leipzig 1924

Mayer, SächsStR
ders.,Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Hgg. Georg Jellinek, Paul Laband, Robert Piloty . Bd.IX Tübingen 19o9

Menger, VVDStRL 15,3
Christian-Friedrich M., Das Gesetz als Norm und Maßnahme. VVDStRL 15 (1957), 3 ff.

Merkel, GrünhutsZ 6,367
Adolf M., Rechtsnorm und subjectives Recht mit Beziehung auf das gleichnamige Werk von A.Thon. GrünhutsZ 6 (1879), 367 ff.

Merkl, Gutachten
Adolf M., Empfiehlt es sich, die bestehenden Grundsätze über die Bewilligung der Einnahmen und Ausgaben für die Haushalte des Reiches und der Länder zu ändern ? - Gutachten
Verhandlungen des 35. Deutschen Juristentages . I.Band (Gutachten). Berlin und Leipzig 1928 ,S.335 f.

Merkl, VwR
ders., Allgemeines Verwaltungsrecht. Wien und Berlin 1927

G. Meyer, GrünhutsZ 8,1
Georg M., Der Begriff des Gesetzes und die recht
liche Natur des Staatshaushaltsetats.
GrünhutsZ 8(1881), 1 ff.

Meyer-Anschütz, StR
Georg M., Gerhard A., Lehrbuch des deutschen
Staatsrechts. 7.Aufl. München u.Leipzig 1919
Morell s.S. XXI a

Müller-Erzbach, JherJb 61,343
Rudolf M-E., Die Relativität der Begriffe und
ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes .
JherJb 61(1912), 343 ff.

Neumark, Budgetgestaltung
Fritz N., Theorie und Praxis der Budgetgestaltun
Handbuch der Finanzwissenschaft, Hgg. Wilhelm .
Gerloff, Fritz Neumark . 2.Aufl.
I.Bd. Tübingen 1952 , S.554 ff.

Neumark, Reichshaushaltsplan
ders., Der Reichshaushaltsplan. Ein Beitrag zur
Lehre vom öffentlichen Haushalt. Jena 1929

Obermayer, VVDStRL 18,144
Klaus O., Der Plan als verwaltungsrechtliches
Institut. VVDStRL 18(196o), 144 ff.

Ogden-Richards, Meaning
C.K.O., I.A.R., The Meaning of Meaning.
1o. edition (1949), 2.impression . London 1952

Pagenkopf, Einführung
Hans P., Einführung in die Kommunalwissenschaft.
2.Aufl. Münster/Westf. 1961

Pagenkopf, Haushaltssatzung
ders., Die fehlerhafte Haushaltssatzung. Institu
Patzig-Traber "Finanzen und Steuern", Bonn am Rhein, Heft 79 .
s.S. XXIa Bonn a.Rh. 1965

Pernice, GrünhutsZ 7,465
Alfred P., Rechtsgeschäft und Rechtsordnung .
GrünhutsZ 7(188o), 465 ff.

Peters, Lb
Hans P., Lehrbuch der Verwaltung. Berlin, Gött
gen, Heidelberg 1949

Peters, HbDStR II 264
Piduch s.S.XXIa ders., Die Satzungsgewalt innerstaatlicher Verbä

Pölitz, Verfassungen I
Karl Heinrich Ludwig P., Die europäischen Verfas
sungen seit dem Jahre 1789 bis auf die neueste
Zeit. Mit geschichtlichen Erläuterungen und Ein-
leitungen. 2.Aufl. I.Band . Leipzig 1832

Puchta, Pand.
Georg Friedrich P., Pandekten. 3.Aufl. Leipzig18

Radbruch, Rechtsphilosophie
Gustav R., Rechtsphilosophie . 6.Aufl. Hg. Erik
Wolf . Stuttgart 1963

Regelsberger, Pand.I
Ferdinand R., Pandekten. I.Band . Leipzig 1893

Rehm, Staatslehre
Hermann R., Allgemeine Staatslehre. Handbuch des öffentlichen Rechts: Einleitungsband. Hgg. Marquardsen, v.Seydel. Freiburg i.B., Leipzig und Tübingen 1899

Rickert, Definition
Heinrich R., Zur Lehre von der Definition. 3.Aufl. Tübingen 1929

Rietdorf, GemHlt 1952,61
Die Ausgestaltung des Haushaltsquerschnitts. -Ein praktischer Versuch in Schleswig-Holstein- GemHlt 1952,61

Riezler, ARSP 34,149 ff
Erwin R., Naturgesetz und Rechtsordnung. ARSP 34(1940/41),149

v. Rönne, PrStR I
Ludwig v.R., Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie. 4.Aufl. I.Bd.Verfassungsrecht. 1.Abtheilung.Leipzig 1881

v. Rotteck, Vernunftrecht II
Carl v.R., Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften in 4 Bänden. Band 2: Lehrbuch der allgemeinen Staatslehre 2.Aufl. Stuttgart 1840

Rousseau, Contrat
Jean-Jacques R., Du Contrat social ou Principes du Droit politique Ausgabe: Paris (Garnier Frères) o.J.(ca.1964) S.235 ff

Rümelin, Begriffsbildung
Gustav R., Juristische Begriffsbildung. Akademische Antrittsschrift. Leipzig 1878

Rupp, Grundfragen
Hans Heinrich R., Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis. Tübingen 1965

Salzmann-Schmuck-Hofmann-Schrick, SelbstVwG RhPf
Heinrich S., Egon S., Walter H., Alfred S., Das Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz in der Neufassung vom 25.Sept.1964 (GVBl.S.145). Kommentar. 3.Aufl.Siegburg 1965

v.Sarwey, VwR
Otto v.S., Allgemeines Verwaltungsrecht. Handbuch des Oeffentlichen Rechts. Hg.Heinrich Marquardsen. I.Bd. Allgemeiner Theil,2.Halbbd. Freiburg i.B. und Tübingen 1884

Savigny, Beruf
Friedrich Carl v.S., Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Heidelberg 1814), zitiert nach: Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit. Hg. Jacques Stern. Berlin 1914. Nachdruck Darmstadt 1959

de Saussure, Grundfragen
Ferdinand de S., Grundfragen der allgemeinen Sprachwissenschaft. Hgg.Charles Bally und Albert Sechehay. Unter Mitwirkung von Albert Riedlinger, übersetzt von Herman Lommel. 2.Aufl.Hg.Peter v. Polenz, Berlin 1967

Schick, JZ 1967,271
Walter Sch., Haushaltsplan und Haushaltsgesetz vor Gericht. JZ 1967, 271 ff

Schmitt, Parlamentarismus
Carl Sch., Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus. 3.Aufl.Berlin 1961 (Unveränderter Nachdruck der 1926 erschienenen 2.Aufl.)

Schmitt, Verfassungslehre
ders., Verfassungslehre. 4.Aufl.(Unveränderter Nachdruck der 1928 erschienenen 1.Aufl.) Berlin 1965

Schneider, Logik
Egon Sch., Logik für Juristen. Die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung. Berlin und Frankfurt a.M. 1965

Schulz, Röm.Rechtswissenschaft
Fritz Sch., Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. Weimar 1961

Schulze, PrStR II
Hermann von Schulze-Gaevernitz. Das Preussische Staatsrecht auf Grundlage des Deutschen Staatsrechts dargestellt. 2.Bd. 2.Aufl. Leipzig 1890

Schulze, Wagner, RHO
R.Sch, E.W., Reichshaushaltsordnung. Kommentar. 3.Aufl. Berlin 1934

Schunck - De Clerck, StR
E.Sch., H.DeC., Allgemeines Staatsrecht und Staatsrecht des Bundes und der Länder. 3.Aufl.Siegburg 1970

Schuppe, SubjRecht
Wilhelm Sch., Der Begriff des subjektiven Rechts, Breslau 1887

Schwinge, Begriffsbildung
Erich Sch., Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen H.14 Bonn 1930

v.Seydel, RV
Max v.S., Commentar zur Verfassungs-Urkunde für das Deutsche Reich. 2.Aufl. Freiburg i.B. und Leipzig 1897

Sigwart, Logik I
Christoph S., Logik.5.Aufl. Mit Anmerkungen von Heinrich Maier, I.Bd.Tübingen 1924

Spenheuer s.S.XXIa

Stein, Briefe V
Freiherr vom Stein, Briefe und amtliche Schriften.Bearbeitet von Erich Botzenhart. Neu herausgegeben von Walter Hubatsch. Fünfter Band(Juni 1814-Dezember 181 Neu bearbeitet von Manfred Botzenhart. Stuttg 1964

Starck s.S.XXIa

"Stellenplan" s.S.XXIa

oll, Begriff

Heinrich St., Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz. Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt - Beilageheft zum Archiv für die civilistische Praxis Bd.133- Tübingen 1931, S.6o

rén s.S.XXIa

höl, Einleitung

Heinrich Th., Einleitung in das deutsche Privatrecht. Göttingen 1851

noma, HbDStR II 1o8

Richard Th., Die Funktionen der Staatsgewalt. Grundbegriffe und Grundsätze

noma, HbDStR II 221

ders., Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung.

noma, Polizeibefehl

ders., Der Polizeibefehl im Badischen Recht. I.Teil. Tübingen 19o6

noma, Vorbehalt

ders., Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht. Festgabe für Otto Mayer. Tübingen 1916, S.165 ff

hön, AöR 5, 149

August Th., Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne mit Beziehung auf die gleichbenannte Abhandlung von Dr.Albert Hänel AöR 5(1890), 149 ff

hon, Rechtsnorm

ders., Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre. Weimar 1878

riepel, Staatsrecht

Heinrich T., Staatsrecht und Politik. Rektoratsrede . Berlin u. Leipzig 1927

riepel, Völkerrecht

ders., Völkerrecht und Landesrecht. Leipzig 1899

llmann, Semantics

Stephen U., The Priciples of Semantics 2.A. Glasgow, Oxford 1957

ialon, HaushR

Friedrich Karl V., Haushaltsrecht.2.Aufl. Berlin und Frankfurt a.M. 1959

ogel, VVDStRL 24,125

Klaus V., Gesetzgeber und Verwaltung. Bericht. VVDStRL 24(1966),125

olkmar, Einzelakt

Dieter V., Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt. Versuch einer begrifflichen Abgrenzung. Berlin 1962

Wacke, Finanzwesen

Gerhard W., Das Finanzwesen der Bundesrepublik. Heft 13 der Beihefte zur Deutschen Rechtszeitschrift. Tübingen 1950

Welzel, Naturrecht
Hans W., Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. 4.Aufl. Göttingen 1962

Wenzel, VVDStRL 4,136
Max W., Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung(Gesetz und Recht). Mitbericht VVDStRL 4(1928),136 ff

Windelband, Philosophiegeschichte
Wilhelm W., Lehrbuch der Geschichte der Philosophie. Hg.Heinz Heimsoeth 14.Aufl. Tübingen 1948

Windscheid, Pand.I
Bernhard W., Lehrbuch des Pandektenrechts 1.Bd. 7.Aufl. Frankfurt/M. 1891

Wittgenstein, Tractatus
Ludwig W., Tractatus Logico-philosophicus. o.O. (Frankfurt/M) 1968

Wolff, Staatsperson
Hans J.W.,,Organschaft und juristische Person. Untersuchungen zur Rechtstheorie und zum öffentlichen Recht. I.Bd.Juristische Person und Staatsperson(Kritik, Theorie und Konstruktion) Berichtigter Neudruck der Ausgabe Berlin 1933. Aalen 1968

Wolff, VwR I
ders., Verwaltungsrecht I.
Ein Studienbuch. 8.Aufl.München 1971

Wolff, VwR II
ders. Verwaltungsrecht II.
Ein Studienbuch. 3.Aufl. München 1970

Wolff, VwR III
ders., Verwaltungsrecht III
Ein Studienbuch. 2.Aufl. München und Berlin 196[illegible]

Wundt, Logik I
Wilhelm W., Logik. Eine Untersuchung der Prinzipien der Erkenntnis und der Methoden wissenschaftl. Forschung. I.Band:Allgemeine Logik und Erkenntnistheorie.
4.Aufl. Stuttgart 1919

Zachariä, StR II
Heinrich Albert Z., Deutsches Staats-u. Bundesrecht. 2.Theil. Das Regierungsrecht der Bundesstaaten und das Bundesrecht.
3.Aufl.Göttingen 1867

Zorn, AnnDR 1889,344
Philipp Z., Gesetz, Verordnung, Budget, Staatsvertrag.

Zorn, StR I
ders., Das Staatsrecht des Deutschen Reiches.
I.Bd. Das Verfassungsrecht. 2.Aufl.Berlin 1895

ANHANG

Köckritz-Ermisch-Mantz, BHO
Sieghardt v.K., Günter E., Werner M., Bundeshaushaltsordnung. Kommentar. München 197o

Kolms, Finanzwissenschaft
Heinz K., Finanzwissenschaft. IV. Öffentlicher Kredit, öffentlicher Haushalt, Finanzausgleich. Berlin 1964

Morell, Bundeshaushaltsrecht
Paul M., Bundeshaushaltsrecht. Wiesbaden 197o

Patzig-Traber, Haushaltsrecht
Werner P., Theo T., Haushaltsrecht des Bundes und der Länder. Bd. 1 Kommentar. Köln, Berlin, Bonn, München 197o

Piduch, Bundeshaushaltsrecht
Erwin Adolf P., Bundeshaushaltsrecht. Erläuterung zu den Artikeln 1o9 bis 115 des Grundgesetzes und zur Bundeshaushaltsordnung unter Berücksichtigung des Haushaltsgrundsätzegesetzes und des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft. Kommentar Stuttgart 1969

Sponheuer, Haushaltsreste
Theodor S., Haushaltsreste nach geltendem Gemeinderecht und ihre Problematik. Heft 36 der Schriftenreihe "Verwaltung und Wirtschaft" Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967

"Stellenplan"
Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung (Hg.), Stellenplan, Stellenbewertung . 4.Aufl. Köln 1964

Suren, Gemeindewirtschaftsrecht
Friedrich-Karl S., Die Gemeindeordnungen [illegible] der Bundesrepublik. Ein systematisch vergleichender Gesamtkommentar. Bd. II Gemeindewirtschaftsrecht. Köln, Berlin, München [illegible] 1960

Starck
Christian S., Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes. Ein Beitrag zum juristischen Gesetzesbegriff. Baden-Baden 197o

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt
AcP.	Archiv für die civilistische Praxis
AnnDR	Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik (zuerst hg. von Georg Hirth)
AöR	Archiv für öffentliches Recht, Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts-u. Sozialphilosophie
badVf 1818	Verfassungsurkunde für das Großherzogthum Baden, vom 22.August 1818 (Pölitz, Verfassungen I 461 ff)
bayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern Vom 25.1.1952(GVBl.19) (Änderungen 1958,1959,1960,1961,1962, 1964,1967)
bayVf 1818	Verfassungs-Urkunde des Königreichs Bajern. Vom 26.Mai 1818 (GBl.f.d.Kgr.Bajern 1818, Sp.101)
BGBl.	Bundes-Gesetzblatt des Deutschen Bundes (Norddeutscher Bund und Deutsches Reich 1867-1871), Bundesgesetzblatt(Bundesrepublik Deutschland, ab 1949)
bre	bremisch
brhVf	Verfassung für die Stadt Bremerhaven v.4.11.1947 (breGBl.291) (Änderungen 1947,1951,1952,1955 u.Fassung 1963-,1960)
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
BVfG	Bundesverfassungsgericht
bwGO	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg vom 25.Juli 1955 (GBl.129) (Änderungen 1958,1960,1962,1964,1965, 1966,1968)
D.	Iustiniani Digesta . Zitierte Ausgabe : Corpus iuris civilis. Editio stereotypa decima. Volumen primum. Institutiones recognovit Paulus Krueger . Digesta recognovit Theodorus Mommsen. Berolini MCMV
DGO	Deutsche Gemeindeordnung vom 30.Jan.1935 (RGBl.I 49)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
DVO	Durchführungsverordnung
E	Entscheidungen des .... Gerichts, Amtliche Sammlung (Band,Seite)
Erl.	Erläuterung, Erläuterungen

SVGH	Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg mit Entscheidungen der Staatsgerichtshöfe beider Länder
emHlt	Der Gemeindehaushalt -Fachzeitschrift für das gemeindliche Haushalts-, Kassen-, Rechnungs- und Prüfungswesen-
Bl.	Gesetzblatt
emHVO 1937	Verordnung über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans der Gemeinden (GemHVO.) Vom 4.Sept.1937(RGBl.I 921)
G.	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v.23.5.1949(BGBl.1)
rünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart(Hg.C.S.Grünhut)
S	Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten, Preußische Gesetzsammlung (ab 1907)
S.NW	Gesetz und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen. Sonderband Sammlung des bereinigten Landesrechts Nordrhein-Westfalen -GS.NW.- 1945-1956
VBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
bDStR II	Handbuch des Deutschen Staatsrechts Hgg. Gerhard Anschütz, Richard Thoma Zweiter Band, Tübingen 1932
eGemHVO	hessische Verordnung über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans der Gemeinden (Gemeindehaushaltverordnung) Vom 27.Jan.1956 (GVBl.5)
eGO	Hessische Gemeindeordnung. Vom 25.2.1952(GVBl.I 11) Bekanntmachung v.1.7.1960(GVBl.I 103) (Änderungen 1962,1964)
Inst.	Iustiniani Institutiones . Zitierte Ausgabe : siehe D. [illegible]gesta)
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JZ	Juristenzeitung
KritVSchr, KrVJSchr.	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaften
MBlNW	Ministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
N.	Note, Fußnote
nassVf 1814	Patent vom 1./2.Sept.1814 (Constitutionsedict oder Edict über die Errichtung der Landstände im Herzogthum Nassau) (Pölitz, Verfassungen I 1009 ff)

ndsGO	Niedersächsische Gemeindeordnung vom 4.3.1955(Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt -Sonderband I- Sammlung des bereinigten niedersächsischen Rechts 9.5.1945-31.12.1958,S.126), Bekanntmachung v.29.9.1967(GVBl.383). (Änderung 1968)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nwEBetrVO	nordrhein-Westfälische Eigenbetriebsverordnung vom 22.Dez.1953(GS.NW 181)
nwGemHVO	nordrhein-westfälische Verordnung über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans der Gemeinden(GemHVO). Vom 26.Jan.1954(GS.NW 614)
nwGO	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen. vom 28.1o.1952(GS.NW 167) (Änderungen 1961,1964,1967, Teilbekanntmachung 1961)
nwKuVO	nordrhein-westfälische Verordnung über das Kassen-und Rechnungswesen der Gemeinden(KuRVO). Vom 1.März 1955 (GS.NW 622)
nwVf	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen. Vom 18.Juni 1950(GS.NW 3)
nwVwVO.GemHVO	Ausführung der Gemeindehaushaltsverordnung(GemHVO). Gem.RdErl.des Innenministe III B 5/10-35o4/53 und des Finanzminiate IA 4 12o2 Tgb.Nr.2o52o/54 v.26.1.1954, (MBlNW Sp. 2o1)
OVG	Oberverwaltungsgericht
prVf 1850	Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat. Vom 31.Januar 185o(GS 17)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RHO	Reichshaushaltsordnung Vom 31.12.1922(RGBl.1923 II 17) i.d. Fassung der Bekanntmachung vom 14.4.193o(RGBl.II 693) (Änderungen 1933,1934,1936,1938,1953, 1957,1959,1960,1967)
rhpfGO	Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz v.27.9.1948(GVBl.335), Neufassung v.25.9.1964(GVBl.145) (Änderung 1968) Teil A.Gemeindeordnung
RNr., Rdnr.	Randnummer
RV 1871,Reichsverfassung 1871	Die Verfassung des Deutschen Reichs. Vom 16.April 1871 (BGBL 63)
sächsVf 1831	Verfassungsurkunde des Königreichs Sachsen, vom 4.Sept.1831 (Pölitz, Verfassungen I 22o ff)

saGO	Saarländisches Gesetz Nr.788 über die Selbstverwaltung der Gemeinden, Ämter und Landkreise(Kommunalselbstverwaltungsgesetz -KSVG-)v.15.1.1964 i.d.F.v.10.9.1968,Teil A,Gemeindeordnung(ABl.689)
SchmollersJb	Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft(Hg,Gustav Schmoller)
shGO	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein. i.d.F.vom 21.4.1964 (GVBl.39)
Sp.	Spalte
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer(Heft,Seite)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung. Vom 21.Jan.1960(BGBl.I 17)
WRV,Weimarer Reichsverfassung	Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.August 1919(RGBl.1383)
württVf 1819	Verfassungsurkunde für das Königreich Würtemberg,vom 25.Sept.1819 (Pölitz, Verfassungen I 434 ff.)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

Einleitung

1. Die Frage nach dem Rechtscharakter des Gemeindehaushaltsplans in seiner gegenwärtigen Gestalt stellt sich erst seit dem preußischen Gemeindefinanzgesetz vom 15.12.1933[1]; denn erstmals durch dieses Gesetz wurde der Haushaltsplan mit anderen finanzrechtlichen Festsetzungen in der Haushaltssatzung vereinigt[2]. Grundlegende Regelungen des Gemeindefinanzgesetzes und insbesondere auch die Normierung der Haushaltssatzung wurden für die darauf erlassene Deutsche Gemeindeordnung zum Vorbild genommen,[3] diese wiederum war Vorbild für die wirtschaftsrechtlichen Bestimmungen der (nach dem letzten Krieg erlassenen) Gemeindeordnungen der Bundesländer[4].

Vor der umfassenden Regelung durch das Gemeindefinanzgesetz[5] hatte das preußische Gemeindewirtschaftsrecht eine ähnlich eingehende Regelung erst in der Gemeindefinanzverordnung vom 2.11.1[6] gefunden.[7] In der Zeit davor hatte das Haushaltswesen der Gemeinden seine rechtlichen Grundlagen in den einzelnen Städte- und Gemeindeordnungen, deren Normierungen weitgehend übereinstimmten, insbesondere aber darin einander glichen, daß sie recht schmale rechtliche Grundlagen abgaben: die Städteordnung für die östlichen Provinzen[8] enthält vier Paragraphen, die sich mit dem städtischen Haushaltswesen befassen.[9]

---

1) (GS 442)
2) s. Hettlage-Loschelder, GemHhR 33
3) vgl. Hettlage-Loschelder, aaO 32; Pagenkopf, Einführung 131
4) vgl. Pagenkopf, aaO 127,131
5) vgl. Hettlage-Loschelder, GemHhR 32 ff.; Pagenkopf, aaO 13o ff.
6) (GS 341)
7) vgl. Pagenkopf, Einführung 129 f.
8) vom 3o.5.1853 (GS 261)
9) vgl. Hettlage-Loschelder, GemHhR 31; Pagenkopf, Einführung 127 f.

In den andern deutschen Ländern war die Normierung des Haushaltswesens der Gemeinden bis zum Beginn der dreißiger Jahre durchweg etwa ebenso karg wie in Preußen;[10] Ausnahmen machten Thüringen mit einer Haushaltsordnung für die Gemeinden und Kreise (von 1927)[11] und Baden mit eingehenden Vorschriften über Voranschlag und Rechnung[12].

2. Diese Entwicklung des Gemeindehaushaltsrechts ist auf den Stand der Literatur zum Gemeindehaushaltsrecht nicht ohne Einfluß gewesen: Da die Einführung der Haushaltssatzung den Gemeindehaushaltsplan in Parallele zu dem durch Gesetz festgestellten Staatshaushaltsplan brachte, qualifizierte man - worauf noch des näheren hinzuweisen sein wird - den Gemeindehaushaltsplan durch Bezugnahme auf die Aussagen der Lehre, die als herrschende Lehre aus dem vor allem seit dem preußischen Verfassungskonflikt (1862-1866) intensiv geführten Streit der Meinungen um die Deutung und rechtliche Qualifizierung des Staatshaushaltsplanes hervorgegangen war. Bei diesem Stand der Literatur zum Gemeinderecht ist die Erörterung der staatsrechtlichen Lehren geboten, die hier in Bezug genommen werden.

3. Die oben angedeutete Entwicklung des Gemeindehaushaltsrechts hat zu einem Bestand von landesrechtlichen Normen geführt, die untereinander weitgehend übereinstimmen. Diese Übereinstimmung erlaubt es bei nicht wenigen Erörterungen, eine landesrechtliche Regelung beispielhaft anzuführen (dafür wird hier zumeist das nordrhein-westfälische Recht gebraucht), im übrigen aber auf abweichende Regelungen kurz hinzuweisen.

Nicht berücksichtigt werden die haushaltsrechtlichen Regelungen der Stadtstaaten Hamburg und Berlin, die zugleich Gemeinde und Bundesland sind,

---

10) vgl. Pagenkopf, aaO 125 f.; Kettlage-Loschelder, aaO 34 f.
11) vgl. Pagenkopf, aaO 129
12) vgl. Kettlage-Loschelder, GemHhR 38 f.

sowie des bremischen Staates - die Stadt Bremerhaven ausgenommen -.

4. Die vorliegende Untersuchung geht von einer Erörterung des rechtlichen Inhalts (im 1.Kapitel) zu einer Erörterung des Rechtscharakters des Haushaltsplans über (im 2.Kapitel). Dabei werden die folgenden Grenzen des Themas der Untersuchung (insbesondere) eingehalten.

Fragen aus dem Problemkomplex der Entlastung des Gemeindevorstands, der ganz überwiegend mit dem Rechnungswesen zusammenhängt,[13] werden nicht erörtert.

Die Fragen, ob, in welcher Weise usw. die Haushaltsansätze Normen für das Verhältnis der Gemeinde zu Dritten darstellen können, werden nicht behandelt. Diese Fragen haben vornehmlich wegen der immer umfangreicher gewordenen Gewährung von Subventionen aus öffentlichen Haushalten größeres Interesse gefunden und sind vor allem unter den Gesichtspunkten "Gleichheitssatz" und "Vorbehalt des Gesetzes für die leistende Verwaltung" ausführlich untersucht worden.[14]

Das Thema dieser Untersuchung ist schließlich gegenüber Fragen abgegrenzt, die sich auf die Haushaltssatzung in ganzen beziehen. Die aus den Erörterungen des 2.Kapitels sich ergebende Erkenntnis, daß wesentliche Teile des Haushaltsplans Rechtssätze sind, ermöglicht zwar nicht nur Aussagen über dessen (rechtlichen) Inhalt, die in sich widerspruchsfrei sind und also zur Erklärung des Plans nicht von vornherein ungeeignet erscheinen — im Gegensatz zu Aussagen Labands, des Begründers der

---

13) Vgl. zu diesen Problemen Gerhard Becker, Die haushaltsmäßige Entlastung des Gemeindevorstandes Diss. Saarbrücken, Merzig 1960

14) Vgl. zu diesen Fragen Günter Cronau, Der Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung. Diss.jur. Münster 1962 . Vgl. hierzu aber auch Sponheuer, Haushaltsreste 60 ff, insbes. 73 f, der im wesentlichen zu anderen Ergebnissen als Cronau kommt.

herrschenden Budgettheorie, etwa dieser Art : der Etat enthalte Normen für die Verwaltung[15] - - - der Etat sei eine Rechnung, enthalte also keine Regeln, sondern Tatsachen[16].[17] Diese Erkenntnis erscheint vielmehr auch geeignet, eine Grundlage der Argumentation bei der Erörterung solcher Fragen zu sein, bei der es auch um die rechtliche Einordnung des Haushaltsplanes geht. Es handelt sich hier vor allem um die Fragen, die mit dem Stichwort "Haushaltsplan und Haushaltssatzung vor Gericht"[18] gekennzeichnet werden können.[19] Aber mit dem Wort "Haushaltssatzung" ist schon angedeutet, daß die Erörterung dieser Fragen außerhalb des Themas dieser Untersuchung liegt, Daß in diesem Zusammenhang der Haushaltsplan nicht in Abstraktion von der Haushaltssatzung betrachtet werden könnte, wird vollends deutlich an einer Entscheidung des VGH Baden-Württemberg, nach welcher im Normenkontrollverfahren (§ 47 VwGO) die Festsetzungen des Haushaltsplans lediglich mittelbar der Prüfung insoweit unterliegen, als von ihrer Rechtmäßigkeit die Rechtmäßigkeit der Festsetzung der Steuerhebesätze abhängt.[20] Nichts anderes gilt von einer incidenten Kontrolle des Haushaltsplans vor allem in Anfechtungssachen (§42 VwGO) : auch hier es um den Bestand der Haushaltssatzung (ie [illegible] oder in Teilen), mag nun gegen die Vorsch[illegible] über Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit de[illegible] waltung[21], über die Subsidiarität der Bes[illegible]ung[22];

---

15) Laband, Budgetrecht 11 16) aaO 13
17) Über die "unsinnige Unterscheidung" zwischen Rechtssätzen und anderen "Normen" vgl. Kelsen, Hauptprobleme 560/561
18) Vgl. den Titel des Aufsatzes von Schick zum Staatshaushaltsrecht : Haushaltsplan und Haushaltsgesetz vor Gericht, JZ 1967, 271 ff.
19) Vgl. zum Staatshaushaltsrecht zB BVfG 19.7.66 - 2 BvF 1/65 -, E 20, 56
20) VGH Baden-Württemberg, 30.7.65 - I 404/64 -, ESVGH 15, 193, 196 ; vgl. auch Pagenkopf, Haushaltssatzung 44
21) vgl. zB § 87 I,1 nwGO
22) vgl. zB § 87 V nwGO

über die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Kräfte der Abgabepflichtigen[23] oder gegen andere Vorschriften verstoßen worden sein;[24] die bei der ansehnlichen Zahl dieser Vorschriften sehr große Zahl von unterschiedlichen Einzelfällen, in denen Haushaltssatzungen ganz oder teilweise fehlerhaft (nichtig) sein können,[25] bedürfte einer umfangreichen Behandlung, welche die Grenzen dieser Untersuchung weit überschreiten würde.

---

23) vgl. zB § 9 I 1 nwGemHVO
24) vgl. Pagenkopf, Haushaltssatzung 41/42, 46/49, 52/53
25) vgl. auch Pagenkopf, aaO 53 . Die große Zahl möglicher Fallgestaltungen resultiert nicht zuletzt daraus, daß mehrere Fehler in einer Satzung kombiniert sein können.

1. Kapitel Rechtlicher Inhalt des Haushaltsplanes samt vorgeschriebenen Anlagen und Vorbericht

Der Verwendung des Ausdrucks "rechtlicher Inhalt" liegt die folgende Überlegung zu Grunde :

Der Haushaltsplan besteht aus Wörtern - von denen nicht wenige (in der Gestalt von Ziffern) Zahlen wiedergeben -. Zwar sind die meisten dieser Wörter nicht so angeordnet, daß sie einen vollständigen Satz ergeben. Wenn aber zB unter der Kopfspalte "Bezeichnung der Ausgabe" im Haushaltsplan der Gemeinde X der Ausdruck "Erwerb von Kunstgegenständen" und unter der Kopfspalte "Ansatz 1968" der Ausdruck "4000" geschrieben steht, so können all diese Ausdrücke zu dem Satz ergänzt werden : "Der Gemeindedirektor von X darf im Jahre 1968 4000 DM für den Erwerb von Kunstgegenständen ausgeben." Und der Gemeindedirektor, der die Verwaltung nach dem Plan zu führen hat (vgl. zB § 91 nwGO), soll den haushaltsplan nicht als unverständliche Aneinanderreihung von isolierten Ausdrücken lesen, sondern als Wortkomplexe, die verstandlich und damit tauglich sind, für seine verwaltende Tätigkeit maßgebend zu sein, das heißt : er hat die Ausdrücke als Sätze zu lesen.

Die Feststellung, daß der Haushaltsplan als aus Sätzen bestehend anzusehen ist, eröffnet zwei Aspekte. Zum einen ist mit dieser Feststellung gesagt, daß der Rechtscharakter des Haushaltsplans durch die von anderen Rechtsakten abweichende Gestalt - schematische Anordnung von Ausdrücken, die keine vollständigen Sätze sind - nicht festgelegt ist : Rechtssätze wie Verwaltungsakte wie auch gerichtliche Urteile sind Sätze. Zum andern ergibt sich die Gelegenheit zu der Frage, welcher Art die Sätze des Haushaltsplans sind : Sätze, die eine Frage enthalten oder eine Annahme oder ein

Urteil i.S. der Logik, oder solche, die einen Befehl (ein Gebot oder ein Verbot) oder eine Befehlseinschränkung (= Erlaubnis) oder sonst etwas enthalten.

Daß solche Frage nach dem Inhalt der Sätze des Planes nicht müßig sei, wird schon deutlich beispielsweise bei der Gegenüberstellung des § 211 Abs. 1 StGB ("Der Mörder wird mit lebenslangem Zuchthaus bestraft." und des § 1 Abs. 1 des tschechoslowakischen Gesetzes vom 26.2.1930 : "T.G. Masaryk hat sich um den Staat verdient gemacht."[1]). Während auf der Hand liegt, daß die Bestimmung des StGB rechtlich relevant ist, also einen rechtlich relevanten oder, kürzer gesagt, rechtlichen Inhalt hat, und während die Auslegung ergibt, daß dieser Urteil i.S. der Logik als Befehl zu bezeichnen ist[2], ist die rechtliche Relevanz des Urteils über das Verdienst Masaryks zumindest zweifelhaft.

Die Frage, welcher Art die Inhalte der Sätze des Haushaltsplans seien, hat aber nicht nur eine Funktion bei der Sinnermittlung oder Auslegung (vor allem mit Hilfe der sog. Wortinterpretation[3]), sondern die ist auch für die rechtliche Charakterisierung des Haushaltsplans und damit u.a. für seine systematische Einordnung von Interesse. Zunächst werden die Antworten auf diese Frage eine Scheidung der Haushaltsplan-Sätze in dispositive und enunciative, also in verbindliche und unverbindliche, herbeiführen und damit eine Vorentscheidung über die Frage bringen, welche dieser Sätze zum Recht gehören können und welche nicht. Weiterhin werden die Antworten es ermöglichen, mit Bezug auf den Haushaltsplan die Meinungen zu erörtern, (s.unten, § 2) nach denen die Qualifizierung eines

---

1) zitiert nach W.Jellinek, HbDStR II 160(161)
2) vgl. auch Engisch, Einführung 196 (Anm.21)
3) vgl. hierzu Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung 18 ff.; Larenz, MethL 301 ff., 331 f.

Satzes als Rechtssatz bzw. selbständiger Rechtssatz davon abhängt, daß der Satz einen Befehl zum Inhalt hat.

§ 1 Rechtlicher Inhalt der Einnahmeansätze, Ausgabeansätze und Erläuterungen sowie der vorgeschriebenen Anlagen und des Vorberichts

Auf ihren rechtlichen Inhalt im oben dargelegten Sinn werden zunächst die Einnahmeansätze (A), dann die Ausgabeansätze (B) und die Erläuterungen (C), schließlich die vorgeschriebenen Anlagen sowie der Vorbericht zum Haushaltsplan (D) untersucht.

A. Einnahmeansätze

I. "Ermächtigung" zu Einnahmen

1. a) Vor allem zur Zeit des preußischen Verfassungskonflikts und des Kaiserreichs war stärker umstritten und heutzutage noch ist nicht gänzlich unumstritten die Frage, ob die Einnahmeansätze des Haushaltsplans die Exekutive zur Erhebung der darin aufgeführten Einnahmen ermächtigen. Zorn zB schließt seine Ableitung einer Einnahmeermächtigung[1] aus der Vorschrift des Art. 69 der Reichsverfassung von 1871, daß alle Einnahmen und Ausgaben auf den durch Jahresgesetz festzustellenden Etat gebracht werden müssen,[2] mit dem Satz: "Alle Rechte des Staates auf Einnahmen und alle Pflichten des Staates zu Ausgaben existieren nach unserem positiven Verfassungsrecht nur für ein Jahr."[3] Eine unbe-

---

1) Zorn, StR I 450 ff

2) Entsprechendes gilt im Gemeinderecht, vgl. zB § 84 I nwGO : " Die Haushaltssatzung bildet die Grundlage für die Verwaltung aller Einnahmen und Ausgaben."

3) Zorn, StR I 451/452; vgl. auch v.Martitz, ZStW 36, 207 (270/271, 208)

schränkte Kompetenz des Parlaments zur Ausgabenbewilligung bedeutet nach Merkls Ansicht, daß die Leistungspflicht des Abgabenschuldners durch Abgabengesetz und Budgetgesetz - das die Ermächtigung zur Führung der Finanzwirtschaft enthält - rechtmäßig begründet wird.[4] Und Lasker verneint zwar nicht das Fortbestehen der Steuerzahlungspflichten und sonstigen Leistungspflichten der Bürger ohne Rücksicht auf die jährlichen Etats, spricht aber der Regierung das Recht ab, "die Steuern, Abgaben und sonstigen Leistungen beizutreiben oder entgegenzunehmen."[5] Aber öfter ist die Frage verneint worden, etwa mit der Wendung, der Etat sei "keine Vollmacht für die Regierung zur Führung der Finanzverwaltung überhaupt" (Meyer-Anschütz[6]),[7] oder mit der Wendung, bezüglich der Einnahmen stelle der Haushaltsplan keine Ermächtigung dar[8].

b) Bei der Behandlung dieser Kontroverse ist davon auszugehen, daß die Meinung, nach der im Haushaltsplan Einnahmeermächtigungen enthalten sind, in der von Zorn vertretenen Version jedenfalls für das Gemeinderecht nicht zutrifft, weil gem. § 31 GemHVO 1937 Ansprüche oder Verbindlichkeiten Anderer weder begründet noch aufgehoben werden — alle Rechte der Gemeinden auf Einnahmen existieren mithin nicht nur für ein Jahr. Diese Bestimmung ist in den Gemeindeordnungen der Bundesländer aufrecht-

---

4) Merkl, VwR 239 f; Gutachten 335(344)
5) Lasker, VfGesch. 335(346/347); ähnlich Cronau, Haushaltsplan 12o : Art. 11o GG verbiete der Exekutive "die Vornahme aller finanziellen Maßnahmen" — seien sie rechtlich geboten oder nicht geboten (aaO 121/122).
6) Meyer-Anschütz, StR 897
7) vgl. auch Laband, Budgetrecht 22 ff, 53/54; Bornhak, PrStR III 599; Arndt, PrVf 335; Heckel HbDStR II 374(391); Vialon, HaushR 594(Erl.1o zu § 33 RHO)
8) Maunz-Dürig-Herzog, GG, RNr.11 zu Art.11o. Vgl. auch Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Erl. 14 zu Art. 11o GG : Hinsichtlich der Einnahmen habe der Haushaltsplan "im Wesentlichen" bloß deklaratorische Wirkungen.

erhalten worden,[9] auch in den Ländern Nordrhein-Westfalen und Hessen, welche inzwischen die Gemeindehaushaltsverordnung von 1937 durch neue Verordnungen ersetzt haben[1o]. Gegen die Argumentation mit dieser Vorschrift hätte man bis zum Erlaß der neuen Gemeindeordnungen nach dem Kriege immerhin den Einwand in Betracht ziehen können, diese Vorschrift sei nicht im Text des Gesetzes (DGO), sondern lediglich in der Verordnung des Ministers enthalten, und es sei demgemäß nicht ausgeschlossen, daß sie den Sinn des Gesetzes verfehle. Nunmehr jedoch haben die Landesgesetzgeber durch die Aufrechterhaltung des § 31 GemHVO 1937 erkennen lassen, daß sie das Rechtsinstitut des Haushaltsplans mit seinen wesentlichen Zügen (abgesehen von den durch das Führerprinzip bestimmten) ins neue Landesrecht rezipieren wollten — rezipieren wollten eben auch mit dem in § 31 bestimmten Charakteristikum.

Bei einer engen Interpretation des § 31 GemHVO 1937 freilich ist mit der Feststellung, daß die Pflicht Anderer zB zur Zahlung von Gemeindeabgaben nicht erst durch den Haushaltsplan, sondern schon und allein durch Rechtssätze außerhalb des Planes begründet wird, noch nicht die Möglichkeit ausgeschlossen, daß der Gemeindevorstand dessenungeachtet nicht befugt ist, das dieser Zahlungspflicht korrespondierende Recht der Gemeinde auszuüben und insbesondere die Abgabenforderung einzuziehen. Allein, mehrere Gründe führen dazu, [illegible] solch enge Interpretation als zu eng und den Sinn der Bestimmung verfehlend anzusehen.

Zunächst ist gegen eine solch enge Interpretation des § 31 GemHVO 1937 einzuwenden, daß nicht

---

9) s. § 149 II Nr.2 bwGO; Art.122 I Nr.5 bayGO; § 9o III 1 brhVf; § 153 I a) heGO; § 14c I Nr.2 ndsGO; § 115 b) nwGO; §§ 133 II Nr.3, 134rhpfGO i.V.m. § 76 I DVO.rhpfGO 3.12.64 (GVBl.251); § 134 II Nr.2 saGO; § 132 I shGO

1o) nwGemHVO (1954), heGemHVO (1956)

zu erkennen ist, warum der Verordnungsgeber eine solche Bestimmung überhaupt erlassen, zu welchem Ende der Gesetzgeber sie rezipieren sollte, wenn dadurch bloß ein nudum ius für die Gemeinde konserviert würde, das seiner für die Gemeinde allerwichtigsten Eigenschaft, seiner Verwertbarkeit im Wege der Forderungseinziehung, beraubt wäre. Weiterhin spricht gegen eine solch enge Interpretation die Erwägung, daß sie geeignet ist, zu einer Ungleichbehandlung von Abgabepflichtigen zu führen, die der Sache gänzlich unangemessen und also willkürlich wäre, mithin gegen das durch Art.3 I GG statuierte Gleichbehandlungsgebot[11] verstieße: für die Höhe des Abgabensatzes und damit für das Verhältnis der Gemeinde zu allen Abgabepflichtigen ist zwar der in den Einnahmeansätzen zum Ausdruck kommende Finanzbedarf (mit) maßgebend (vgl.zB §87 V nwGO), es gibt aber keinen hinreichenden Grund dafür, daß ein Teil der Abgabepflichtigen - insbesondere die zuerst Veranlagten und die pünktlichen Zahler - die volle Abgabenschuld sofort zu bezahlen hätte, die übrigen Pflichtigen aber, deren Zahlungen zum Überschreiten des Einnahmeansatzes führen müßten, einstweilen nicht oder überhaupt nicht zu zahlen brauchten, weil die sonst zuständige Gemeindebehörde die Zahlungen nicht annehmen dürfte. Schließlich spricht gegen diese enge Interpretation des § 31 GemHVO 1937, daß für die Erhebung von über- und außerplanmäßigen Einnahmen, anders als für die über- und außerplanmäßigen Ausgaben (vgl. zB § 93 nwGO), kein Verfahren vorgesehen ist. Wäre diese Interpretation im Sinne des Gesetzgebers, so hätte es für ihn nahegelegen, ein derartiges Verfahren zu normieren, weil ein Haushaltsüberschuß, den herbeizuführen auch über- und außerplanmäßige Einnahmen geeignet sind, der Gemeinde-

---

11) vgl. Wolff, VwR I § 33 VI b,c; Hesse, Grundzüge 177; Thoma, HbDStR II 108(151)

finanzwirtschaft nicht grundsätzlich unwillkommen ist : er soll u.a. auch zur Bildung von Rücklagen (vgl.zB §23 II3 nwGemHVO), aber zB nicht für "Gratifikationen" an die Abgabepflichtigen verwendet werden.

c) Demnach stellen die Einnahmeansätze des Haushaltsplans keine Ermächtigungen für den Gemeindevorstand zur Erhebung von Einnahmen dar in dem Sinne, daß sie Ansprüche der Gemeinde auf Geldzahlungen begründeten oder daß sie dem Gemeindevorstand die Befugnis verliehen, Forderungen der Gemeinde einzuziehen, oder ihm die Erlaubnis gäben, Geld für die Gemeinde anzunehmen.

2. Wenngleich die Einnahmeansätze des Haushaltsplanes nicht Ermächtigungen in dem soeben erörterten Sinn darstellen, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß sie einen anderen rechtlichen Inhalt haben, daß sie in einem anderen Sinn "Ermächtigungen" darstellen. Die folgende Überlegung veranlaßt dazu, in den Einnahmeansätzen "Ermächtigungen" oder, besser gesagt, Erlaubnisse für den Gemeindevorstand zu sehen.

Zwar ist für das gemeindliche Haushaltsrecht bestimmt, der Haushaltsplan müsse alle voraussehbaren Einnahmen und Ausgaben des kommenden Rechnungsjahres enthalten (Grundsatz der Vollständigkeit[12], vgl.zB § 87 I nwGO). Damit ist jedoch nicht gemeint, daß jeder Erwerb von Geld durch die Gemeinde im Plane zu veranschlagen sei. Vielmehr gibt es gemeindliche Einkünfte, die keine "Einnahmen" i.S. von § 87 I nwGO sind; insbesondere sind das gem. § 1 IV nwGemHVO[12a] - unter den dort genannten Voraussetzungen - Erlöse aus der Veräußerung von Gemeindevermögen und Zu- und Rückflüsse, die lediglich dem Kapitalvermögen zugeführt werden[13]. Soll

12) vgl. Papenkopf, Einführung 167; Surén, Gemeindewirtschaftsrecht 506 ff.; Kolms, Finanzwissenschaft 87/88. Vgl. zum Staatshaushaltsrecht Heinig, Budget II 291 ff; Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Erl.6, 31 ff. zu Art. 110 GG.

12a) entsprechend § 1 IV GemHVO 1937, § 1 IV hGemHVO

13) Das sind u.a. Schenkungen, Erbschaften, Vermächt-

nun diese gesetzgeberische Unterscheidung der Gemeindeeinkünfte konkretisiert werden, soll nur dem Gemeindevorstand gesagt werden, welche von den im kommenden Jahr zu erwartenden Einkünften zur Deckung der zu erwartenden Ausgaben verwendet werden dürfen, und welche nicht, so bedarf es einer Zusammenstellung, in welcher die als Deckungsmittel vorgesehenen Einkünfte detailliert bezeichnet sind. Diese Zusammenstellung ist in der Einnahmenseite des Haushaltsplanes gegeben, und die Einnahmeansätze mit Erläuterungen, die durch den Satzungsbeschluß Inhalt der Haushaltssatzung geworden sind (s. zB § 85 nwGO), sagen dem Gemeindevorstand, welche der zu erwartenden Einkünfte er als Deckungsmittel verwenden darf. Den Sachverhalt, daß die im Haushalt als "Einnahmen" aufgeführten Einkünfte den Ausgaben zugeordnet, daß sie durch den Haushaltsplan als Deckungsmittel rechtlich qualifiziert werden, mag man mit Haenel "Appropriation der in den Etat eingestellten Einnahmen an den Jahresdienst der Finanzverwaltung"[14] nennen.

Mit dem Gebrauch des Ausdrucks "(der Gemeindevorstand) darf" wird darauf hingewiesen, daß durch das Inkrafttreten der Einnahmeansätze am 1.Januar des Rechnungsjahres das Wirksamwerden eines Verbotes für die Dauer eben dieses Jahres hintangehalten wird. Es ist dies das Verbot, ohne Haushaltssatzung Einnahmen zu verwalten, d.h. als Deckungsmittel für Ausgaben zu verwenden, welches aus der Bestimmung des Gemeindehaushaltsrechts zu entnehmen ist, daß die Haushaltssatzung die Grundlage für die Verwaltung aller Einnahmen und Ausgaben bildet (s. zB § 84 I nwGO - entsprechend § 89,1 DGO-); für den Fall, daß eine Haushaltssatzung nicht rechtzeitig zustande kommt, ist dieses Verbot freilich durch die Vorschriften über die Übergangswirtschaft modifiziert, aber es ist durch sie nicht gänzlich

---

14) Haenel, Studien II 317

aufgehoben. Diese Rechtswirkung der Einnahmeansätze, daß sie das Wirksamwerden eines Verbots hintanhalten, wird mit dem Wort "Erlaubnis" treffender bezeichnet als mit dem Wort "Ermächtigung"[15]: während jenes Wort für die Einschränkung eines Imperativs zu stehen pflegt,[16] bezeichnet dieses Wort gebräuchlicherweise die Verleihung von "Rechtsmacht", also der Fähigkeit, Rechtshandlungen wirksam vorzunehmen. Denn nach dem oben (unter 1.) Ausgeführten hat der Gemeindevorstand die rechtliche Fähigkeit, Geld der Gemeinde auszugeben, und hier ist nur noch die Frage, ob er das, was er (im "Außenverhältnis" : Gemeinde — Andere) tun kann, auch (im "Innenverhältnis" : Gemeindevorstand — Gemeinderat, Gemeinde) tun darf.

3. Adressaten der durch die Einnahmeansätze erteilten Erlaubnisse sind die zur Verwaltung der Gemeinde berufenen Gemeindeorgane, wie sich aus Vorschriften nach der Art von § 104 I bwGO ergibt:

> Die Verwaltung ist nach der Haushaltssatzung zu führen.[17]

Welche diese Verwaltungsorgane sind, ist zT in den Bestimmungen gesagt, die dieser baden-württembergischen Bestimmung entsprechen,[18] und ergibt sich im übrigen aus den allgemeinen Vorschriften des Gemeindeverfassungsrechts. In Nordrhein-Westfalen sind als Organe, welche die Verwaltung nach der Haushaltssatzung zu führen haben, der Gemeindedirektor (in § 91 nwGO) und der Finanzausschuß des Gemeinderats (durch § 91 i.V.m. § 43 II nwGO) generell bestimmt. Daneben ist aber auch der Gemeinde-

---

15) Wolff, VwR III § 162 II c, gebraucht in diesem Zusammenhang den Ausdruck "amtliche Ermächtigungen".

16) Vgl. zB den Sprachgebrauch bei Engisch, Einführung 23

17) Gleichlautend § 113 I ndsGO

18) vgl. § 75 I 2 brhVf: der Magistrat; § 120 I 1 heGO: der Gemeindevorstand (d.i. der Magistrat - § 66 I 1 - oder der Bürgermeister - § 79 I 1 -); § 102,2 rhpfGO: der Bürgermeister; § 106 II 1 saGO : der Bürgermeister; § 104 shGO: der Bürgermeister bzw. der Magistrat

rat Verwaltungsorgan (s.§ 28 I und II k,l,q usw. nwGO) und bei seiner Verwaltungstatigkeit an die Festsetzungen des Haushaltsplans gebun en, das ergibt sich aus § 84 I, nach welchem die Haushaltssatzung die Grundlage für die Verwaltung (durch welches Organ auch immer!) aller Einnahmen und Ausgaben bildet. Freilich ist die Bindung des Gemeinderates an den Haushaltsplan weniger eng als ie des Gemeindedirektors : nicht nur ist es gem. 93 I nwGO Aufgabe des Rates, über- und außerplanäßige Ausgaben durch Zustimmungsbeschluß zuzulasen, sondern es ist auch seine Aufgabe und er hat die Befugnis, zugleich "über die Deckung dieser Ausgaben zu entscheiden" (§ 91 III 5), d.h. diesen Ausgaben die erforderlichen Mittel als "Einnahmen" zu"approprüieren".

Hiernach lassen sich die durch die Einnahmeansätze erteilten Erlaubnisse als Erlaubnisse an Gemeindeorgane oder - um einen Ausdruck Wolffs[19] teilweise aufzugreifen - als amtliche Erlaubnisse kennzeichnen.

II. Befehl zur Erhebung von Einnahmen

Nach dem Vorbild des § 38 I GemHVO 1937 bestimmt § 92 I 1 nwGO, daß für den rechtzeitigen und vollständigen Eingang der Einnahmen zu sorgen ist; die Vorschrift des § 38 I oder entsprechende Vorschriften finden sich im Gemeinderecht der übrigen Flächenstaaten und in Bremerhaven.[2o]

Zu Zeiten einer Übergangswirtschaft mögen diese Vorschriften auch den Sinn haben, daß sie allein (ohne Ergänzung durch Einnahmeansätze) das Verwaltungsorgan zur Einziehung der Gemeindeeinkünfte verpflichten. Aber in dem Normalfall der Geltung

---

19) Wolff, VwR III § 162 II c ; vgl. oben N.15

2o) vgl. § 1o4 II2 bwGO; in Bayern: § 38 I GemHVO 1937 (Art.122 I Nr.5 bayGO); ditto in Bremerhaven (§ 9o III 1 brhVf); § 12o I 2 heGO; § 113 II 1 ndsGO; in Rheinland-Pfalz : § 38 I GemHVO 1937 (§§ 134,133 rhpfGO, § 76 I DVO.GO 3.12.64 -GVBl.251-); § 1o6 II 2 saGO; in Schleswig-Holstein: § 38 I GemHVO 1937 (§ 132 I shGO)

eines Haushaltsplans wird das Ausmaß, in welchem das Verwaltungsorgan sich um den Eingang von Einnahmen zu bemühen hat, auch durch die Zahlen der Einnahmeansätze ("die Ansätze") bestimmt : Veranschlagung einer Einnahme von 1ooo DM bedeutet nicht nur, daß eine Einnahme in dieser Höhe erwartet wird, sondern auch, daß das Verwaltungsorgan sich bemühen soll, die Erwartung des Eingangs der Einnahme durch darauf abzielende Tätigkeit zu erfüllen. Die Einnahmeansätze des Haushaltsplans enthalten also Befehle an das Verwaltungsorgan, für den rechtzeitigen und vollständigen Eingang der Einnahmen zu sorgen."[21)]

B. Ausgabeansätze

I. "Ermächtigung" zu Ausgaben

1. Die Vorschriften der Gemeindeordnungen, daß die Verwaltung nach der Haushaltssatzung zu führen ist,(s.oben S.14) bedeuten folgendes hinsichtlich der Ausgabeansätze: Die mit Geldausgaben verbundenen Handlungen des Verwaltungsorgans haben den Ausgabeansätzen des Planes in Zweckbestimmung und Betrag der ausgegebenen oder noch auszugebenden Geldsumme gemäß zu sein. Ist die Handlung des Verwaltungsorgans den Ausgabeansätzen gemäß, so darf das Organ die Handlung vornehmen - die Beachtung der in Betracht kommenden haushaltsrechtlichen Vorschriften, zB über Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, unterstellt - ; andernfalls darf es die Handlung nicht vornehmen.

Der Sachverhalt, daß die Ausgabeansätze das Wirksamwerden des grundsätzlich bestehenden Verbots, im Haushaltsplan nicht vorgesehene Ausgaben zu machen, hintanhalten, wird nicht selten als "Ermäch-

---

21) vgl. Pagenkopf, Haushaltssatzung 11; Kolms, Finanzwissenschaft 1o1

tigung" des Verwaltungsorgans zur Leistung von Ausgaben bezeichnet.[22] Angemessener zur Bezeichnung dieses Sachverhalts erscheinen jedoch die Ausdrücke "Erlaubnis für das Verwaltungsorgan" oder "amtliche Erlaubnis", weil die Rechtsmacht des Verwaltungsorgans zum Geldausgeben durch die Vorschriften der Gemeindeordnungen über die Vertretung der Gemeinde (s. zB §§ 55 f nwGO) statuiert ist und es hier darum geht, ob das Organ das, was es im "Außenverhältnis") tun kann, auch (im "Innenverhältnis") tun darf(vgl.auch oben S.9 ff zu § 31 GemHVO 1937).

2. Von der herrschenden Lehre zum Budgetrecht Preußens und des Bismarck-Reiches, insbesondere von Laband[23], sind die Grenzen des Budgetbewilligungsrechts des Parlaments mit Hilfe der Unterscheidung von "bewilligten" Ausgaben und "bloß anerkannten" Ausgaben (Gneist[24]) expliziert worden, d.h. von Ausgaben, die in anderen Gesetzen noch nicht vorgesehen sind, und Ausgaben, die "durch Gesetze bereits feststehen..."[25]: die Ermächtigung zu diesen Ausgaben ergebe sich nicht erst aus dem Etatsgesetz, sondern schon aus anderen Gesetzen.[26] Diese Unterscheidung ist gemacht worden, obwohl sie durch die Vorschrift von Art. 99 I prVf 1850, daß alle Staatsausgaben veranschlagt und auf den Staatshaushalts-Etat gebracht werden müßten, keineswegs nahegelegt wurde. Weil nun die Gemeindeordnungen, u.a. nach dem Vorbild dieser Vorschrift und von § 85 I 1 DGO, bestimmen, daß der Haushaltsplan alle voraussehbaren Ausgaben des Rechnungsjahres zu enthalten habe (s.zB § 87 I nwGO) und -

---

22) vgl. Laband, Budgetrecht 54; Haenel, Studien II 267; Meyer-Anschütz, StR 898; Peters, Lb 220; Maunz-Dürig-Herzog, GG, RNr.10 zu Art.110; Böckenförde, OrgGewalt 114; Loschelder-Giere, GemHhR 215 (Erl. zu § 31 GemHVO)
23) s.unten S.77 ff.
24) Gneist, Budget 22
25) Gneist, aaO 21
26) Laband, Budgetrecht 54; s.unten S.78

nach dem Vorbild von § 89 S.1 DGO - daß die Haushaltssatzung die Grundlage für die Verwaltung aller Ausgaben bildet (s.zB § 84 I nwGO), erscheint die Erörterung dieser Frage auch für das Gemeinderecht angezeigt.

Für das preußische Staatsrecht war dieser Unterscheidung die Funktion zugedacht, eine positive Abtwort auf die Frage, ob im Fall des Nichtzustandekommens eines Etatgesetzes und bei Streichungen von Ausgabeansätzen des Regierungsentwurfs durch den Landtag die Regierung von Staatsrechts wegen befugt sei, behufs Aufrechterhaltung der Verwaltungsbehörden, Armee usw. Ausgaben zu leisten, zu ermöglichen. (Näheres dazu unten, S.78 f.) Für das Gemeinderecht hat diese Unterscheidung die genannte Funktion nicht, weil besondere Vorschriften für die "haushaltslose Zeit"[28] oder die "Übergangswirtschaft"[29] die Leistung solcher Ausgaben zulässig machen. Es ist auch nicht ins Belieben der Gemeindevertretung gestellt, welche Ausgaben sie beschließt und welche nicht, weil das Gesetz sie dazu verpflichtet, im Haushaltsplan die Mittel bereitzustellen, die zur ausreichenden Erfüllung der durch Gesetz der Gemeinde übertragenen Aufgaben erforderlich sind (s.zB § 87 II nwGO, § 98 I 1 rpfGO).[30] Außer diesen Vorschriften sind noch Bestimmungen über Nachtragshaushalte und Haushaltsüberschreitungen (zB §§ 90 und 93 nwGO) [illegible] und geeignet zur Verhinderung von Disharmonien der Art, daß die Gemeinde zur Leistung einer Ausgabe verpflichtet ist, das Verwaltungsorgan aber von Haushaltsrechts wegen nicht befugt ist, diese Ausgabe zu leisten. Schließlich sind, im Unterschied zum preußischen Staatsrecht, die genannten Gebote an die Gemeindevertretung mit Sanktionen bewehrt; insbesondere kann die Aufsichtsbehörde auf Grund

---

28) vgl. die Überschrift zu Art.94 bayGO
29) so die Terminologie zB der nwGO - Überschrift zu § 89 -
30) s.auch unten, S.88 f.

der Vorschriften über die Ersatzvornahme von Handlungen, zu denen die Gemeinde durch Gesetz verpflichtet ist,(vgl.zB § 109 nwGO) die nicht beschlossenen Ausgaben zwangsweise etatisieren, nicht anders als es vordem in Preußen durch besondere Vorschriften[31] bestimmt war.[32]

Dies alles wirkt zusammen, in der Gemeinde einen Zustand zu verhindern, von dem Laband "noch die günstigste Seite des Bildes" so schildert : Beim Fehlen eines Budgetgesetzes müßte das Ministerium - machte man die Unterscheidung zwischen bewilligten und bloß anerkannten Ausgaben nicht - "alle Zinsen, Gehaltsraten u.s.w. zurückbehalten, es aber ruhig geschehen lassen, daß die sämmtlichen Gläubiger den Fiskus verklagen und ihre Forderungen im Wege der Exekution gegen die General-Staatskasse eintreiben."[33] Weil dergleichen Zustände in der Gemeinde nicht zu befürchten sind, gibt es keinen Grund, die Bestimmungen der Gemeindeordnungen, daß alle Ausgaben gemäß der Haushaltssatzung zu verwalten sind, nicht wörtlich zu nehmen, gibt es keinen Grund die Ausgaben in "bewilligte" und "bloß anerkannte" zu scheiden und nur in den "bewilligten" Ausgaben Erlaubnisse für das Verwaltungsorgan zu finden.

II. Befehl zur Leistung von Ausgaben

Die Frage, ob in den Ausgabeansätzen Befehle an das Verwaltungsorgan, die veranschlagten Ausgaben zu machen, enthalten sind, soll getrennt untersucht werden für solche Ausgaben, zu deren Leistung die Gemeinde rechtlich verpflichtet ist, ("gebundene Ausgaben" - dazu 1.) und für solche

---

31) §§ 19,35 des Zuständigkeitsgesetzes v. 1.8.1883 (GS 237)

32) vgl. Kottenberg-Rehn, nwGO, III 1 zu § 109 (S.707); Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick, SelbstVwG RhPf 447 (Erl.2 zu § [illegible]); Hölzl, bayGO, Anm.1 zu Art.113 (S.443); Kunze-Schmid, bwGO, Erl.5 zu § 123 (S.809)

33) Laband, Budgetrecht 77

Ausgaben, zu deren Leistung die Gemeinde von Rechts wegen nicht verpflichtet ist ("freie Ausgaben" - dazu 2.).

1. Ist die Gemeinde von Rechts wegen zu einer Zahlung verpflichtet, so sieht das Gemeindeverfassungsrecht eine Pflicht des Verwaltungsorgans vor, die für die Zahlung erforderlichen Handlungen vorzunehmen : die gebotene Zahlung ist ein Verwaltungsgeschäft, d.h. es ist Aufgabe und Pflicht des Verwaltungsorgans, dieses Geschäft zu erledigen (vgl.zB §§ 28 III, 47 I 2 nwGO). Durch diese verfassungsrechtlichen Vorschriften wird freilich in concreto keine Pflicht des Gemeindeorgans begründet, zwecks Erfüllung der Zahlungspflicht der Gemeinde eine Ausgabe zu machen, solange einer Ausgabenleistung das haushaltsrechtliche Verbot entgegensteht, nicht veranschlagte Ausgaben zu machen. Damit das Verwaltungsorgan in concreto zur Leistung der Ausgabe verpflichtet werde, bedarf es nicht noch eines haushaltsrechtlichen Befehls neben dem im Gemeindeverfassungsrecht enthaltenen Befehl, sondern es bedarf lediglich einer Erlaubnis zur Leistung der Ausgabe. Aber nicht nur hätte der Ausgabeansatz als haushaltsrechtlicher Befehl keine Funktion neben dem gemeindeverfassungsrechtlichen Befehl, er wäre vielfach auch gar nicht geeignet, als hinreichend konkreter und der Zahlungspflicht der Gemeinde angemessener Befehl zu fungieren: Werden zB 1oo.ooo DM für die Befriedigung einer Forderung veranschlagt, deren Höhe erst durch Gerichtsurteil festzustellen ist, so wird man die schließlich mit Hilfe des Urteils zu konkretisierende Pflicht des Verwaltungsorgans, 89.375,25 DM an den Gläubiger der Gemeinde zu zahlen, schwerlich aus dem notwendigerweise ungefähren Ansatz entnehmen können, und ebensowenig ist in dem Ansatz ein Befehl an das Verwaltungsorgan zu finden, 1oo.ooo DM an den Gläubiger zu zahlen.

2. Die Frage nach Befehlen als Inhalt von Haushaltsansätzen "freier" Ausgaben ist mit mannigfachen Argumenten für und wider erörtert worden. Hier sollen zunächst drei Argumente wider Befehle als Inhalt der Ausgabeansätze erörtert werden, die die Frage nicht erschöpfen oder für das Gemeinderecht nicht zutreffen (unter a), dann drei Argumente für dergleichen Befehle (unter b) und schließlich zwei Argumente wider dergleichen Befehle (unter c).

a) Für die Verneinung der Frage, ob die Ausgaben-bindende Befehle zur Ausgabenleistung an das Verwaltungsorgan enthalten, sind öftere die Prinzipien der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit[34] und des Haushaltsgleichgewichts (Haushaltsausgleichs)[35] angeführt worden.

Diese Anführung geschieht zu Recht : Für den Zeitpunkt und den Betrag jeder Ausgabe ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit einzuhalten (s.zB § 92 I 2 nwGO), und das kann bedeuten, daß eine Ausgabe nicht in der veranschlagten Höhe gemacht werden darf oder gar zu unterbleiben hat. Und auf die Forderung nach dem Haushaltsausgleich legt das Gesetz besonderes Gewicht, vgl zB § 9o II Nr.1 nwGO : jede Sparmöglichkeit ist auszunutzen -- welche Ausgaben aber sollten gekürzt werden wenn nicht die "freien" Ausgaben? Wenn also das Verwaltungsorgan zugunsten des andernfalls gefährdet erscheinenden Haushaltsausgleichs veranschlagte Ausgaben nicht leistet, so handelt es durchaus rechtmäßig.[36] Die Bedeutung des Ausgabeansatzes in Fällen des gefährdeten Haushaltsausgleichs mag man mit Fricker so umschreiben : Hier

---

34) Jahn, AöR 6o, 244(264f); Vialon, HaushR 5o1 (Anm. 4 zu § 25 RHO); Pagenkopf, Einführung 166
35) Vialon (N.34)
36) Vgl. zur entsprechenden Rechtslage im Staatshaushaltsrecht Neumark, Reichshaushaltsplan 121, Budgetgestaltung 557.

ist eine Haupt-Voraussetzung für die Geltung eines jeden Ausgabeansatzes, daß nämlich der Ausgleich der Ausgaben mit den Einnahmen gelingt, nicht erfüllt;[37] hier zeigt sich, daß die "einzelnen Theile" des Haushaltsplans "sich wechselweise bedingen"[38].

Aber die Anführung dieser Prinzipien bringt keine erschöpfende Antwort auf die vorliegende Frage; vielmehr bleibt offen, ob die Ausgabeansätze nicht doch Befehle enthalten für die Fälle, in denen es den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit und des Haushaltsausgleichs nicht zuwiderläuft, daß die veranschlagten Ausgaben geleistet werden.

ab. Zur Argumentation wider die Meinung, die Ausgabeansätze enthielten Befehle an das Verwaltungsorgan zur Ausgabenleistung, wird für das Staatshaushaltsrecht auch das Prinzip der Gewaltenteilung herangezogen. Während Vialon mit einer Berufung auf das "Wesen der Gewaltenteilung" sich begnügt[39], führt Hettlage aus, das Haushaltsgesetz enthalte keineswegs eine Verpflichtung der Regierung zu bestimmten Maßnahmen : die Regierung sei kein Vollzugsausschuß der Volksvertretung. und deshalb dürfe der Bundestag oder ein Bundestagsausschuß an der Durchführung des Haushaltsplans als einem reinen Akt der vollziehenden Gewalt nicht teilnehmen.[40]

Für das nordrhein-westfälische Gemeinderecht sind dergleichen Argumentationen von vornherein nicht zu verwenden : gem. § 28 I nwGO ist der Rat der Gemeinde für alle Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung zuständig.[41] Aber auch auf die übrigen Gemeindeordnungen sind die Darlegungen Vialons und

---

37) vgl. Fricker, ZStW 17, 636(654)
38) Fricker, aaO 644
39) Vialon, HaushR 501 (Anm.4 zu § 25 RHO)
40) Hettlage, DÖV 1955, 33
41) vgl. OVG Münster 20.3.57 - III A 1285/55 - E 12, 177(187 f)

Hettlages nicht zu übertragen, weil diese zwar die (einfachen) Geschäfte der laufenden Verwaltung dem Gemeindevorstand zuweisen[42], zugleich damit aber der Gemeindevertretung die übrigen Verwaltungsgeschäfte vorbehalten und zumindest bezüglich dieser Geschäfte den Gemeindevorstand zum "Vollzugsausschuß der Volksvertretung" machen — eine Kompetenzverteilung, die doch wohl dem "Wesen der Gewaltenteilung" widerspricht, aber kraft positiven Rechts gilt.

b)aa. Eine Pflicht der Regierung zur Bewirkung der veranschlagten Ausgaben sucht Bilfinger so zu begründen : Im Sinne ihrer verfassungsmäßigen Funktion sei die Regierung verpflichtet, das im Etat niedergelegte politische Programm loyal auszuführen, solle das Haushaltswesen im modernen Rechtsstaat einen vernünftigen Sinn haben.[43]

Mehrere Elemente dieses Begründungsversuchs sind unklar oder dunkel. Welchen Sinn hat die Redewendung, jemand sei "im Sinne" seiner Funktion - das heißt doch wohl : "im Sinne" seines Amts oder seiner Aufgabe - verpflichtet ? Unklar ist, was durch den Ausdruck "im modernen Rechtsstaat" gesagt sein soll; sieht man aber von diesem unverständlichen Ausdruck ab, so bleibt die Feststellung, daß das Haushaltswesen gerade auch im demokratischen Staat ohne haushaltsrechtliche Ausgabepflichten der Regierung einen "vernünftigen Sinn" hat, weil das Parlament ohnehin andere Möglichkeiten der Einwirkung auf das Verhalten der Regierung hat. Weil nun der Begründungsversuch Bilfingers wegen der Dunkelheit und Unklarheit seiner Elemente sich als fehlgeschlagen darstellt, bedarf keiner Erörterung, ob und inwieweit an eine Übertragung dieser Begründung auf das Gemeinderecht zu denken sei.

---

42) vgl. Wolff, VwR II § 87 IV; Pagenkopf, Einführung 93 ff
43) Bilfinger, AöR 55, 416(433)

bb. Nicht zu überzeugen vermag Braun mit seiner Behauptung, ohne eine Verpflichtung der Regierung zur Leistung der veranschlagten Ausgaben "müßte, besonders in einem nicht parlamentarisch regierten Staatswesen, die fürchterlichste Willkür Platz greifen"[44]. Denn im Staat wie in der Gemeinde ist der größte Teil der aus dem Haushalt zu finanzierenden Maßnahmen von Rechts wegen oder nach dem normalen Gang der Verwaltung unvermeidbar, sei es, daß Leistungen im Verhältnis zu Dritten rechtlich geboten sind, sei es, daß das Verwaltungsorgan von der Volksvertretung beschlossene Maßnahmen durchzuführen hat (so insbesondere nach Gemeinderecht), sei es, daß das Verwaltungsorgan die im Haushaltsplanentwurf von ihm selbst in Aussicht genommenen Handlungen auch vornehmen wird,[45] schon um den, seinem Ansehen und seiner politischen Stellung nicht förderlichen Anschein der Unbeständigkeit zu vermeiden.

bc. Für den Bremischen Staatsgerichtshof schließlich haben die Positionen der Ausgabeseite des Haushaltsplanes " - wie der Wortlaut des Art.132 S.2 deutlich erkennen läßt - ein generell-imperatives Mandat zum Inhalt".[46]

Nun stimmt der Artikel 132 der hier gemeinten bremischen Verfassung[47] wörtlich überein mit § [illegible] DGO — lediglich der Ausdruck "die Haushaltssat[illegible] ist ersetzt durch den Ausdruck "das Haushalt[illegible]" und der Ausdruck "der Bürgermeister" durch d[illegible] Ausdruck "der Senat". Der Wortlaut des § 89 [illegible] DGO aber ("Der Bürgermeister hat die Verwaltung nach der Haushaltssatzung zu führen."), welchem Art.132 S.2 der bremischen Verfassung nachgebildet ist, ließ keineswegs "deutlich erkennen", daß die Aus-

---

44) Braun, AöR 45,42(52); vgl. auch die Äußerung des Abgeordneten Stücklen im Dt.Reichstag am 26.2.1930, Verhandl.d.RT Bd.426, S.4069(A)
45) Zu dieser letzten Erwägung vgl. auch Vialon, HaushR 501 (Anm.4 zu § 25 RHO).
46) BreStGH 26.6.54 - St 5/53 -, DÖV 1955, 21
47) Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen v.21.10.1947 (GBl. der Fr.HSt.Bremen S.251)

gabepositionen "ein generell-imperatives Mandat zum Inhalt"hätten — im Gegenteil : In der amtlichen Begründung zu § 89 DGO[48] wird eine Verpflichtung des Bürgermeisters zur Leistung der angesetzten Ausgaben ausdrücklich verneint. Will man aber von der amtlichen Begründung absehen, so bleibt offen, was das heißt, "die Verwaltung nach dem Haushaltsgesetz ... führen", weil in dieser Wendung nicht gesagt ist, welchen rechtlichen Inhalt (Erlaubnisse, Befehle oder was sonst) das Haushaltsgesetz hat : in dieser Wendung ist zwar gesagt, daß das Verwaltungsorgan gebunden ist, aber nicht, wie diese Bindung beschaffen ist.

c) So bleiben denn zwei Argumente übrig, die dagegen sprechen, in den Ausgabeansätzen Befehle an das Verwaltungsorgan zur Leistung der veranschlagten Ausgaben zu sehen.

Es handelt sich, zunächst, um die Erwägung, daß die Urheber der derzeit geltenden Gemeindeordnungen den Satz der Deutschen Gemeindeordnung (§ 89 S.2), daß der Bürgermeister die Verwaltung nach der Haushaltssatzung zu führen habe, in Kenntnis des ihm beigelegten Sinnes übernommen haben.[49] Der Sinn eines Satzes wie § 93 nwGO "Der Gemeindedirektor hat ... die Verwaltung nach der Haushaltssatzung zu führen." ist also von der Deutschen Gemeindeordnung her überkommen; er ist der nämliche Sinn wie dort, d.h. - nach der oben (unter b) bereits erwähnten amtlichen Begründung - : durch den Ausgabeansatz erhält das Verwaltungsorgan die "Ermächtigung" oder Erlaubnis, nicht aber den Befehl die veranschlagte Ausgabe zu leisten.

Die Argumentation mit dem überkommenen Sinn wird durch die weitere Erwägung ergänzt, daß die Gemeindeordnungen und Gemeindehaushaltsverordnungen von solchen Ausgabebefehlen völlig schweigen.[50] Dieses

---

48) abgedruckt zB bei Surén-Loschelder, Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30.1.1935.Kommentar. Berlin 1935, S.33 ff (S.94 f)

49) vgl. hierzu auch Sponheuer, Haushaltsreste 72 f

50) Zum Staatshaushaltsrecht vgl. Schulze-Wagner, RHO, Anm.2 zu § 25 (S.396); Piduch, Bundeshaushaltsrecht,Erl.1o,13 zu Art.11o GG;Köckritz-Ermisch-Maatz,BHO,Anm.14 zu § 1,Anm.3 zu § 3.

Schweigen ist beredtes Schweigen, verneinendes Schweigen nämlich, angesichts der Tatsache, daß diese Gesetze und Verordnungen detaillierte Vorschriften mit mannigfachen Geboten, Verboten und Erlaubnissen umfassen — aber kein Gebot, die veranschlagten Ausgaben zu bewirken. Solchergestalt beredt ist dieses Schweigen auch deswegen, weil es um der Rechtsklarheit willen äußerst nahe gelegen hätte, einen Befehlscharakter der Ausgabeansätze ausdrücklich zu statuieren, wenn man - im übrigen mittels derselben Wörter und Sätze - den Ausgabeansätzen in Abweichung von der Deutschen Gemeindeordnung diesen Sinn hätte beilegen wollen.

d) Die Ausgabeansätze, auch soweit sie sich auf Ausgaben beziehen, die zu leisten die Gemeinde rechtlich nicht verpflichtet ist, enthalten also keine Befehle an das Verwaltungsorgan, die veranschlagten Ausgaben zu machen.[50a)]

C. Erläuterungen

Unter "Erläuterungen" werden hier die Sätze verstanden, die unter der Kopfspalte 6 des Haushaltsplans ("Erläuterungen")[51)] und unter den entsprechenden Kopfspalten insbesondere der Sammelnachweise und des Stellenplans erscheinen. Die so verstandenen Erläuterungen - sozusagen Erläuterungen im weiteren Sinne - umfassen die Erläuterungen im engeren Sinne (dazu I.) und die Vermerke (dazu II.).

Bei der im folgenden vorzunehmenden Kennzeichnung des rechtlichen Inhalts der Erläuterungen werden die oben (unter A. und B.) eingeführten Begriffe verwendet.

---

51) vgl. Muster 4 zur nwGemHVO, nwVwVO.GemHVO, MBl. 1954, Sp.217/218 (249/250)

50a) vgl. auch Kölms, Finanzwissenschaft 1o1

I. Erläuterungen i.e.S.

Die Pflicht, Erläuterungen der Einnahmen und Ausgaben, soweit erforderlich, anzubringen, ergibt sich aus § 24 I nwGemHVO[52]; spezielle Erlauterungspflichten ergeben sich aus Absatz 2 dieser Vorschrift und aus § 17 .[53]

Die meisten Erläuterungen, die auf Grund dieser Vorschriften angebracht werden, erklären, erzählen, geben Nachricht[54]: sie sind, mit einem Wort, enunciative Erläuterungen. Diese Erläuterungen haben also keinen dispositiven Inhalt (Anordnung oder Regelung), sie haben also keinen rechtlichen Inhalt im hier gebrauchten Sinn. Diese Feststellung schließt freilich nicht aus, daß rechtliche Bedeutung mit diesen Erläuterungen derart verknüpft sein kann, daß durch bestimmte Rechtssätze mit der Tatsache des Vorliegens einer (womöglich mangelhaften) Erläuterung bestimmte Rechtsfolgen verbunden sind.

In manchen Fällen jedoch, in denen Zweckbestimmungsspalte und Ansatzspalte nur einen Ausgabeansatz für mehrere Maßnahmen enthalten, die erst in der Spalte "Erläuterungen" samt den für sie vorgesehenen Beträgen angegeben sind, ergibt die Auslegung dieser Erläuterung, daß deren Einzelangaben in gleicher Weise verbindlich sein sollen wie die Zweckbestimmungen und die Ansätze.[55] In diesen Fällen enthalten also die Einzelangaben der Erläuterungen, ebenso wie die Ausgabeansätze, amtliche Erlaubnisse, sie sind dann also dispositive Erläuterungen[56].

---

52) entsprechend § 24 I GemHVO 1937, heGemHVO
53) GemHVO 1937 und heGemHVO entsprechend
54) vgl. § 17 nwGemHVO : Nebeneinnahmen sind in den Erläuterungen "nachrichtlich anzugeben"
55) vgl. Loschelder-Giere, GemHhR 182/183 (Erl.1 zu § 24 GemHVO)
56) Das Wort "Erläuterung" wird in diesen Fällen in Abweichung vom gewöhnlichen Sprachgebrauch verwendet und ist gleichsam in Anführungszeichen gesetzt zu denken. Aber solche Abweichungen lassen sich bei einer technischen Verwendung von Wörtern, wie hier, schwerlich vermeiden.

I. Vermerke[57]

1. Durch den Zweckbindungsvermerk gem. § 12 S.1,2 nwGemHVO werden ordentliche Einnahmen[58] auf die Verwendung für bestimmte Zwecke beschränkt.

Hinsichtlich der rechtlichen Qualität zerfallen die Zweckbindungsvermerke, die auf Grund dieser Vorschrift angebracht werden, in zwei Gruppen. Zur ersten Gruppe gehören die Vermerke zu solchen Einnahmen, deren Zweckbindung "durch Gesetz oder durch besondere Anordnung" vorgeschrieben ist (§ 12,1 nwGemHVO[59]); diese Vermerke haben keinen rechtlichen Inhalt, sie weisen vielmehr lediglich auf die anderwärts getroffene Regelung hin, sie sind also deklaratorische Vermerke.[60] Zur zweiten Gruppe gehören die Vermerke, deren Anbringung der Gemeinderat beschließt, weil die Zweckbindung sich "aus der Herkunft oder Natur der Einnahmen"ergibt (§ 12,1 nwGemHVO). Diese Vermerke sind konstitutive Vermerke :[60] Sie verbieten, in Abweichung von dem für den ordentlichen Haushaltsplan geltenden Gesamtdeckungsprinzip[61], die Verwendung der betreffenden Einnahmen zu einem andern als dem im Vermerk bezeichneten Zweck.

2. Der kw.-Vermerk[62] ist bei fortdauernden Ausgaben[62a] anzubringen, die in den kommenden Rechnungsjahren voraussichtlich nicht wiederkehren (§ 15 I 1 nwGemHVO).

---

57) Im folgenden wird nach der nwGemHVO zitiert, die nach Inhalt und Paragraphenzählung durchweg mit der GemHVO 1937 übereinstimmt; zur heGemHVO bestehen zT inhaltliche Abweichungen, auf die es hier durchweg nicht ankommt.

58) Definition des Begriffs in § 48 Nr.1o nwGemHVO

59) § 12 I 1 heGemHVO : "durch Gesetz oder bei Sonderbedarfszuweisungen durch besondere Anordnung der zuweisenden Stelle"

6o) vgl. Loschelder-Giere, GemHhR 116 (Erl.1 zu §12 GemHVO)

61) vgl.Pagenkopf, Einführung 169;zum Staatshaushaltsrecht vgl.Patzig-Traber, Bundeshaushaltsrecht, Teil A, RNr. 1o4

62) oder der entsprechende ausgeschriebene Vermerk "künftig wegfallend"

62a) Definition des Begriffs in § 48 Nr.12 nwGem HVO

Für die Ausgabenveranschlagung in den kommenden Rechnungsjahren enthält der kw.-Vermerk das Gebot, die entsprechenden Ausgabeansätze mit dem gleichen Vermerk zu versehen,(§ 15 II 1 nwGemHVO) und das Verbot, Ausgaben für denselben Einzelzweck zu veranschlagen, nachdem die Voraussetzung oder der Zeitpunkt des Wegfalls eingetreten ist (§ 15II2 nwGemHVO).[63] Für die Ausführung des Haushaltsplanes enthält der kw.-Vermerk das Verbot, von dem Zeitpunkt an, in dem die Voraussetzung für den Wegfall erfüllt ist, über die betreffende Ausgabe zu verfügen (§ 36 nwGemHVO).

3. Deckungsvermerke können angebracht werden auf Grund von § 13 nwGemHVO (Vermerk der ecnten Deckungsfähigkeit; dazu a) und von § 12 S.3 nwGemHVO (Vermerk der unechten Deckungsfähigkeit; dazu b).

a) Die (gegenseitige oder einseitige) Deckungsfähigkeit bedeutet, daß die bei einer Ausgabe ersparten Mittel zur Befriedigung von Mehrbedürfnissen bei einer anderen Ausgabe verwendet werden dürfen (§ 34 I,II nwGemHVO). Wie mit dem Gebrauch des Wortes "dürfen" angedeutet ist, statuiert der Deckungsvermerk eine Ausnahme von einem Imperativ, also eine Erlaubnis, eine Ausnahme nämlich von dem Gebot der Spezialisierung der Ausgaben insbesondere hinsichtlich ihrer Zwecke (§§ 11 I, 33 I,II nwGemHVO — "Spezialitätsprinzip"[64]).[65]

b) Die sog. "unechte Deckungsfähigkeit" von Mehrausgaben durch Mehreinnahmen[66] setzt voraus, daß die Einnahmen durch Zweckbindungsvermerk (s.dazu oben 1.) auf die Verwendung für diese Ausgaben beschränkt werden (§ 12 S.3 mit S.1,2 nwGemHVO). Durch den Vermerk, der diese "unechte Deckungs-

---

63) vgl. Loschelder-Giere, GemHhR 128 f (Erl.4a zu § 15 GemHVO)
64) vgl. Loschelder-Giere, aaO 105 (Erl.1 zu § 11); Wolff, VwR III §§ 164 II f, 162 III e
65) vgl. Loschelder-Giere, aaO 119 (Erl.1 zu § 13); Surén, Gemeindewirtschaftsrecht 528/529
66) vgl. Loschelder-Giere, aaO 116(Erl. 2 zu § 12)

fähigkeit" herbeiführt, wird dem Verwaltungsorgan eine Erlaubnis zu Mehrausgaben erteilt:[67] ohne diesen Vermerk gälte das Gebot, die Ausgabeansätze einzuhalten, (s.zB § 91 nwGO) und ohne diesen Vermerk bedürfte es zu einer Überschreitung der Ausgabeansätze (soweit nicht die Zustimmung des Gemeindevorstands genügt) einer Erlaubnis von seiten des Gemeinderates (s.zB § 93 nwGO; vgl. § 12 S.3 nwGemHVO).

4. Die Bezeichnung fortdauernder Ausgaben[68] als übertragbar durch den Übertragbarkeitsvermerk (§ 14 I nwGemHVO) hat zur Folge, daß die mit dem Vermerk versehenen Ausgaben über das Rechnungsjahr hinaus verfügbar bleiben (§ 35 III nwGemHVO). "Die Ausgaben bleiben verfügbar", das heißt : die Ausgabeerlaubnis, die in dem Ausgabeansatz enthalten ist, erlischt nicht am Ende des Haushaltsjahres, wie es dem Prinzip der Jährlichkeit des Haushaltsplans[69] entspräche (s.zB § 85 S.1 nwGO), vielmehr bestimmt der Übertragbarkeitsvermerk das Fortgelten der Erlaubnis nach dem Ende des Haushaltsjahres.[69a] Der Vermerk enthält also eine Erlaubnis zur Ausgabe für einen Zeitraum nach Ablauf des Haushaltsjahres.

D. Vorgeschriebene Anlagen und Vorbericht zum Haushaltsplan

Für die folgende Erörterung wird das nordrhein-westfälische Recht zugrunde gelegt, weil es in der Auferlegung von Pflichten zur Beifügung von Anlagen zum Haushaltsplan am weitesten geht.[70] Nach den Sammelnachweisen (I.) sollen der Stellenplan (II.), die Wirtschaftspläne (III.)

---

67) Loschelder-Giere, aaO 116, nennen diesen Vermerk eine "haushaltsrechtliche Zusatzermächtigung".
68) Definition des Begriffs in § 48 Nr.12 nwGemHVO
69) vgl. Pagenkopf, Einführung 168; Loschelder-Giere GemHhR 122/123 (Erl.2 zu § 14 GemHVO)
70) § 7 nwGemHVO; vgl. § 7 heGemHVO, § 7 GemHVO 1937
69a) vgl. Suren, Gemeindewirtschaftsrecht 529

und schließlich die übrigen Pflichtanlagen (IV.) sowie der Vorbericht (V.) erörtert werden.

Auch hier sollen für die Kennzeichnung des rechtlichen Inhalts der Pflichtanlagen und des Vorberichts die oben (unter A. und B.) eingeführten Begriffe verwendet werden. Daß diese Anlagen zum Haushaltsplan geeignet erscheinen, rechtlichen Inhalt im hier gebrauchten Wortsinn (Gebote, Verbote, Erlaubnisse usw.) zu haben, sei vorweg festgehalten : Die Abscheidung der Sätze, welche zu den Anlagen gehören, von den zum Haushaltsplan gehörenden Sätzen ist behufs besserer Übersichtlichkeit[71] angeordnet; diese Abscheidung bedeutet nicht, daß über die Pflichtanlagen im Verfahren des Erlasses der Haushaltssatzung nicht in derselben Weise wie über den Haushaltsplan zu beschließen wäre[72].

I. Sammelnachweise[72a]

Der Begriff "Sammelnachweis" wird von der Gemeindehaushaltsverordnung definiert als "die Zusammenfassung sachlich zusammengehöriger und gemeinsam zu bewirtschaftender Ausgaben in einer Anlage zum Haushaltsplan"(§ 48 Nr.7 nwGemHVO). Diese Definition ist freilich zu eng, weil gem. § 7 Nr.1 derselben Verordnung - wie die zugehörige Verwaltungsverordnung hervorhebt[73] - in jeder Gemeinde ohne Rücksicht auf die Art der Bewirtschaftung (d.h. nach Einzelplänen pp. getrennte oder zusammenfassende Bewirtschaftung) dreierlei Sammelnachweise aufzustellen sind (für die persönlichen Ausgaben, für den Schuldendienst und für die Zuführungen zu den Rücklagen); das Merkmal "gemeinsam zu bewirtschaftender (Ausgaben)" kennzeichnet

---

71) Dieser Zweck ist insbesondere für die Einführung der Sammelnachweise als Ersatz für Verrechnungen im Plan selbst leitend gewesen, vgl. Loschelder-Giere, GemHhR 72 (Erl.2 zu § 7 GemHVO).

72) vgl. Kottenberg-Rehn, nwGO IV.1 zu § 86; Buhlmann, GemHlt 1959,53(54)

73) nwVwVO.GemHVO, 1.(1) zu § 7

72a) vgl. Surén, Gemeindewirtschaftsrecht 5o1 f

also keine Eigenschaft, die an allen Sammelnachweisen zu finden wäre. Die mithin übrigbleibende Kennzeichnung dieser Anlage als Zusammenfassung sachlich zusammengehöriger Ausgaben erhellt denn deren rechtlichen Inhalt nicht; dazu bedarf's der Betrachtung einzelner Rechtssätze, die sich auf Sammelnachweise beziehen.

1. a) Gem. § 11 II nwGemHVO ist es zulässig, daß die Trennung nach Einzelzwecken der über einen Sammelnachweis bewirtschafteten Ausgaben lediglich aus dem Sammelnachweis (nicht aus den Einzelplänen) zu ersehen ist. Der Ausdruck "Trennung der Ausgaben nach Einzelzwecken" ist nur im Zusammenhang mit § 11 Abs.1 zu verstehen; es handelt sich darum, daß"die Ausgaben nach Einzelzwecken getrennt zu veranschlagen"sind (§ 11 I 1.HalbS.nwGemHVO). Nun wird die durch § 11 II ermöglichte Vereinfachung der Ausgabenseite der Einzelpläne nicht so weit getrieben, daß das Prinzip der Spezialität der Ausgabenzwecke, welches für eine geordnete Ausgabenwirtschaft sehr wichtig ist, für zusammenfassend bewirtschaftete Ausgaben außer Geltung gesetzt würde : eine so weit reichende Einschränkung des Spezialitätsprinzips hätte eine darauf abzielende ausdrückliche Festsetzung des Verordnunggebers erwarten lassen, aber die ist nicht vorhanden. Benutzt der Gemeinderat die durch § 11 II nwGemHVO gebotene Möglichkeit und macht die für die Einzelzwecke vorgesehenen Geldbeträge im Sammelnachweis "ersichtlich", so überhebt er demnach das Verwaltungsorgan nicht der Pflicht, die durch die Beträge detaillierter Ausgabeansätze bezeichneten Grenzen seiner Handlungsfreiheit einzuhalten. Die Positionen der Sammelnachweise, aus denen die Trennung der Ausgaben nach Einzelzwecken ersichtlich ist, halten sonach hintan - in den Grenzen, welche durch die angesetzten Beträge bezeichnet sind - das Wirksamwerden des grundsätzlich bestehenden[74] Verbotes,

---

74) abgesehen von der Verausgabung von Verfügungsmitteln und vermischten Ausgaben, s.§ 11 I ib

Ausgaben ohne solche Ausgabeansätze zu machen, die hinsichtlich des Zwecks spezialisiert sind (§ 11 I nwGemHVO), sie enthalten also Erlaubnisse zu Ausgaben.[74a)]

Diese Feststellung ist freilich durch den Hinweis zu verdeutlichen, daß diese Positionen nicht all das regeln, was bei Veranschlagung der Ausgaben nach Einzelzwecken im Haushaltsplan selbst durch die Ausgabeansätze geregelt wird : Der Gesamtbetrag der über einen Sammelnachweis bewirtschafteten Mittel stellt sich dar - nach der Regelung in der Verordnung (§§ 11 II, 48 Nr.7 nwGemHVO) - nicht als das Ergebnis einer Addition der für die Einzelzwecke ausgeworfenen Beträge, sondern als das Ergebnis einer Addition der in den Einzelplänen, Abschnitten pp. pauschal ausgeworfenen Beträge, und insofern (nur insofern!) erscheint der Sammelnachweis bloß als Zusammenfassung von Ausgaben (§ 48 Nr.7 nwGemHVO), die bereits anderweit veranschlagt sind.

b) In den Fällen, in denen der Gemeinderat von der durch § 11 II nwGemHVO gebotenen Möglichkeit keinen Gebrauch macht und die Ausgaben nach Einzelzwecken getrennt im Haushaltsplan selbst veranschlagt, wiederholen die Positionen des Sammelnachweises lediglich die dort schon detaillierten Ausgabeansätze, enthalten also keine Erlaubnis der soeben genannten Art, und der Sammelnachweis ist bloße "Zusammenfassung" von Ausgaben (§ 48 Nr.7 ib auch hinsichtlich dieser detaillierten Ausgabeansätze.

2. § 13 I 1 2.HalbS. nwGemHVO legt den Ausgabepositionen in Sammelnachweisen den Sinn bei, daß sie, soweit sie gleichen Zwecken dienen, stets gegenseitig deckungsfähig sind. Diese Ausgabepositionen haben also den Sinn oder Inhalt, Ausnahmen von dem Gebot der Spezialisierung der Ausgaben hinsichtlich ihrer Zwecke(§§ 11 I,33 I,II nwGem HVO; vgl.oben S.29) zuzulassen, sie enthalten also Erlaubnisse dieser Art.

74a) vgl. Surén, Gemeindewirtschaftsrecht 519

3. Schließlich legt § 4o II nwGemHVO den Ausgabepositionen im Sammelnachweis den Sinn bei, daß sie die für Auszahlungsanordnungen zuständige Stelle[75] verpflichten, die zugehörigen Ausgaben zunächst auf den Sammelnachweis anzuordnen.[76] Zwar besteht die Pflicht zu diesem Verhalten allgemein schon auf Grund dieser Vorschrift, die Pflicht in concreto aber (zB die Pflicht, die Zahlung von Telephongebühren auf eine bestimmte Buchungsstelle des Sammelnachweises für die sächlichen Ausgaben anzuordnen) beruht auf der Ausgabeposition im Sammelnachweis. Diese Ausgabepositionen enthalten also Gebote an die anordnungsbefugte Stelle, daß sie die zugehörigen Ausgaben auf diese Positionen als Buchungsstellen anordnet.

I. Stellenplan[76a]

Bei der Betrachtung des Stellenplans (Pflichtanlage gem. § 7 Nr.4 nwGemHVO) ist zwischen der rechtlichen Bedeutung, die der Entwurf des Stellenplans hat, (dazu 1.) und dem rechtlichen Inhalt, den der "fertige", im Verfahren des Erlasses der Haushaltssatzung zugleich erlassene[77] Stellenplan als Anlage des in Kraft gesetzten Haushaltsplans hat, (dazu 2.) zu unterscheiden. Da der Entwurf des Stellenplans, wie andere Entwürfe auch, keinen rechtlichen Inhalt hat, ist (rechtliche) Bedeutung mit ihm einzig in der Art verknüpft, daß die Tatsache des Vorliegens eines vorschriftsmäßig abgefaßten Entwurfes bzw. die Tatsache seines Nicht-Vorliegens im Verfahren des Erlasses der Haushaltssatzung Rechtsfolgen nach sich ziehen kann. Da diese Rechtsfolgen (insbes. eventuelle Fehlerhaftigkeit - Nichtigkeit - der Satzung) hier nicht zu erörtern sind, soll auf die rechtliche Bedeutung des Stellenplanentwurfes nur

---

75) Regelungen dazu in §§ 26 ff nwGemHVO, 34 ff nwKuRVO

76) ebenso § 4o II hsGemHVO; anders § 4o II GemHVO 1937 : Erlaubnis zur Verausgabung auf den Sammelnachweis

76a) vgl. Surén, Gemeindewirtschaftsrecht 5o2 f

77) s. § 26 I 2 h) nwGO

kurz, zum Zweck der Vervollständigung des Bildes vom fertigen Stellenplan, hingewiesen werden (unter 1.).

1. Gem. § 16 I nwGemHVO sind die einzelnen Arten der persönlichen Ausgaben u.a. nach Maßgabe des Stellenplanes nachzuweisen, d.h. sie sind im Entwurf unter Zugrundelegung des Stellenplanentwurfs zu berechnen und müssen im festgesetzten Haushaltsplan mit den Festsetzungen des Stellenplans in Einklang stehen; demnach kann man den Stellenplanentwurf als Berechnungsgrundlage für die persönlichen Ausgaben bezeichnen. Aus § 16 I sowie § 8II i.V.m. § 42 nwGemHVO ist auch zu entnehmen, daß eine Festsetzung der persönlichen Ausgaben ohne zugleich mitbeschlossenen Stellenplan rechtlich unzulässig ist;[78] die oben gemachte Feststellung, daß über die Pflichtanlagen zugleich mit dem Haushaltsplan zu beschließen ist, erhält damit bezüglich des Stellenplans eine zusätzliche, besondere Begründung.

2. Gem. § 42 S.1 nwGemHVO dürfen Besoldungen und andere Dienstbezüge (u.a.) nur nach dem Stellenplan gewährt werden. Damit ist ein Verbot an das Verwaltungsorgan ausgesprochen, ohne einen Stellenplan oder abweichend von den Festsetzungen des Stellenplans Dienstbezüge zu gewähren;[78a] vor allem mit Rücksicht auf Rechtspflichten der Gemeinde (gegenüber ihren Bediensteten) wird dieses Verbot durch § 42 S.2 eingeschränkt, aber nicht aufgehoben. Durch die Festsetzungen des Stellenplans über Zahl und Art der Stellen usw. wird das Wirksamwerden dieses Verbots hintangehalten und wird ein Kreis von Geldgewährungen von diesem Verbot ausgenommen; die Festsetzungen des Stellenplans enthalten also Erlaubnisse an das Verwaltungsorgan.[78b]

---

78) vgl. Buhlmann, GemHlt 1959, 53(54)

78a) vgl. "Stellenplan" S.13

78b) vgl. "Stellenplan" S.14

. Wirtschaftspläne

Gem. § 7 Nr.5 i.V.m. § 1o II nwGemHVO sind als Anlagen dem Haushaltsplan die Wirtschaftspläne[79] der Eigengesellschaften[8o] und Eigeneinrichtungen[81], der Eigenbetriebe[82], der von der Gemeinde verwalteten wirtschaftlichen Unternehmen[83] und Einrichtungen sowie sonstiger, nach den Vorschriften über die Eigenbetriebe geführter Unternehmen und Einrichtungen beizufügen. Wirtschaftspläne der Eigenbetriebe usw. sind jedoch nur beizufügen, wenn von der durch § 1o II gebotenen Möglichkeit Gebrauch gemacht und statt einer getrennten Veranschlagung der Einnahmen und Ausgaben das voraussichtliche Endergebnis nach dem Wirtschaftsplan in den Haushaltsplan aufgenommen wird.

Im Unterschied zum Stellenplan werden die Wirtschaftspläne nicht zugleich mit dem Haushaltsplan im Verfahren des Erlasses der Haushaltssatzung erlassen, sondern unabhängig von diesem Verfahren festgestellt, und zwar die Pläne für die Eigenbetriebe durch den Gemeinderat (§ 4 nwEBetrVO). Insbesondere auch die Wirtschaftspläne der Eigenbetriebe divergieren vom Haushaltsplan insofern, als das Wirtschaftsjahr dieser Betriebe nicht mit dem Rechnungsjahr der Gemeinde übereinzustimmen braucht (§ 11 nwEBetrVO) und als die Stelle des Haushaltsplanes vom Wirtschaftsplan eingenommen wird der - von wenigen Ausnahmen abgesehen - nicht den Vorschriften des Haushaltsrechts unterliegt (§ 13 I nwEBetrVO). Diese Divergenzen bedeuten für die

---

79) Definition des Begriffs in § 48 Nr.6 nwGemHVO
8o) vgl.(insbesondere zum Begriff "Eigengesellschaft") Loschelder-Giere, GemHhR 78 (Erl.6c zu § 7 GemHVO)
81) vgl. zum Begriff "Eigeneinrichtung" Loschelder-Giere, aaO 78(Erl.6 zu § 7)
82) vgl. §§ 74, 69 II nwGO; Loschelder-Giere, aaO 78 (Erl.6a zu § 7)
83) vgl. Loschelder-Giere, aaO 78 (Erl.6b zu § 7)

Frage nach dem rechtlichen Inhalt der Wirtschaftspläne folgendes.

Soweit gem. § 1o II nwGemHVO bei Eigenbetrieben[84] und solchen Unternehmen und Einrichtungen, die nach den Vorschriften über die Eigenbetriebe geführt werden, lediglich die Gewinnablieferung oder Verlustdeckung "nach dem Wirtschaftsplan" im Haushaltsplan veranschlagt wird, ist dieser Wirtschaftsplan (wie auch der Wirtschaftsplan der Eigengesellschaften und Eigeneinrichtungen)[85] die Grundlage für die Veranschlagung der Gewinnablieferung und Verlustdeckung. Demnach wird zwar durch die betr. Positionen des Wirtschaftsplans die in § 1o II ausgesprochene Erlaubnis zur Nettoveranschlagung konkretisiert, wird zwar mittels dieser Positionen dem Gemeinderat "gesagt", welche Beträge er als wirtschaftliches Ergebnis zB beim Wasserwerk veranschlagen darf und welche nicht. Wenngleich man deshalb sagen mag, durch die erlaubende Vorschrift des § 1o II würden den betr. Positionen (konkrete) Erlaubnisse für die zuständigen Gemeindeorgane als Sinn oder Inhalt beigelegt, so sind diese Erlaubnisse doch nicht Inhalt solcher Rechtsakte, die als haushaltsrechtliche Rechtsakte und insbesondere Rechtssätze in Betracht kommen : diese Positionen werden nicht (im Unterschied etwa zu denen des Stellenplans) in einem Verfahren erlassen, welches durch einen Rechtssatz des Haushaltsrechts normiert wäre. Die einschlägigen Positionen des Wirtschaftsplanes werden also lediglich durch Verweisung[86] zur Konkretisierung der in § 1o Abs.2 nwGemHVO erteilten Erlaubnis zur Nettoveranschlagung herangezogen, nicht anders als etwa in dem Fall, daß "der Marktpreis" einer Ware gem.

---

84) Dazu, daß unter "wirtschaftlichen Unternehmen" in § 1o II Eigenbetriebe zu verstehen sind, vgl. nwVwVO.GemHVO, 1. zu § 1o; Loschelder-Giere, aaO 99 (Erl.3a zu § 1o)

85) vgl. Loschelder-Giere, aaO 72 (Erl.1d zu § 7)

86) Zur Unterscheidung von Verweisung und Delegation vgl. Herschel, NJW 1968,617(619 ff)

§ 376 II HGB zur Konkretisierung einer Schadensersatzforderung her_angezogen wird.

V. Übrige vorgeschriebene Anlagen

Im übrigen sind dem Haushaltsplan als Anlagen beizufügen

Nachweisungen über den Stand des Vermögens, der Schulden und der von der Gemeinde übernommenen Bürgschaften (§ 7 Nr.2 nwGemHVO) ,

eine Übersicht über die Entwicklung der Steuereinnahmen und der allgemeinen Finanzzuweisungen in den letzten fünf abgeschlossenen Rechnungsjahren[87] und im ablaufenden Rechnungsjahr (§ 7 Nr.3 ib.) ,

ein Haushalts- und Rechnungsquerschnitt für den ordentlichen und den außerordentlichen Haushaltsplan (§ 7 Nr.6 ib.)[88].

Über den Zweck aller dieser Anlagen kann gesagt werden, was Rietdorf über den Haushaltsquerschnitt ausführt[89]: Durch ihre Benutzung gewinnt die Haushaltsanalyse des Gemeinderats an Wert, nicht zuletzt infolge der Vergleichbarkeit mit anderen Gemeinden, die durch die Gestaltung der Anlagen nach einheitlichen Mustern erreicht wird[90]; die Anlagen sind aber auch der Aufsichtsbehörde und der Öffentlichkeit dienlich, weil sie diesen erlauben, schneller und einfacher aus Haushaltsplänen und Rechnungen ihre Schlüsse zu ziehen, - so beim Haushalts- und Rechnungsquerschnitt[91] und bei der Steuereinnahmen- und Finanzzuweisungen-Übersicht -

---

87) Hessen : in den letzten drei abgeschlossenen Rechnungsjahren (§ 7 I Nr.1 heGemHVO)

88) Hessen : Querschnitt ist Pflichtanlage nur in Gemeinden mit 3ooo und mehr Einwohnern (§ 7 II Nr.4 heGemHVO); GemHVO 1937 : Querschnitt ist keine Pflichtanlage

89) Rietdorf, GemHlt 1952, 61

90) Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung von Mustern ist § 49 Nr.3 nwGemHVO.

91) vgl. Rietdorf, GemHlt 1952, 61,63

oder weil ihnen die Möglichkeit des Einblicks in die Vermögenslage (nicht die Haushaltslage) der Gemeinde überhaupt erst eröffnet wird, nämlich durch den Vermögens- und Schuldennachweis.[92]

Mit der Anführung der Zwecke dieser Anlagen ist schon, negativ, gesagt, daß diese Anlagen nicht den Zweck haben, haushaltsrechtliche Bindungen herbeizuführen[93]: sie geben lediglich Nachricht[94] von Sachverhalten (insbesondere Zahlungsvorgängen, Abschluß von Rechtsgeschäften, Veranschlagungen). Diese Anlagen haben also keinen rechtlichen Inhalt. Diese Feststellung schließt freilich nicht aus - das sei zu ihrer Erläuterung gesagt -, daß insbesondere an die Tatsache des Nicht-Vorliegens dieser Anlagen Rechtsfolgen geknüpft sein können (Sanktionen gegen die Gemeinde, ihre Organe, Beamte usw. wegen rechtswidrigen Verhaltens; Fehlerhaftigkeit der Haushaltssatzung, usw.); diese Rechtsfolgen sind hier jedoch nicht zu erörtern.

V. Vorbericht

Ebenso wie die unter IV. behandelten Anlagen soll der gem. § 6 nwGemHVO dem Haushaltsplan beizufügende Vorbericht[95] der Gemeinde selbst (vor allem dem Gemeinderat), der Aufsichtsbehörde[96] und der Öffentlichkeit[97] von Nutzen sein : er soll ihnen "einen Überblick über die Finanzwirtschaft im abgelaufenen und im ablaufenden Rechnungsjahr und einen Ausblick auf die voraussichtliche Entwicklung im kommenden Rechnungsjahr" geben (§ 6 I ib.).

---

92) vgl. Loschelder-Giere, GemHhR 76 (Erl.3 zu § 7 GemHVO)
93) vgl. Loschelder-Giere, aaO 72 (Erl.1e zu § 7)
94) vgl. Loschelder-Giere, aaO 71 (Erl.1b zu § 7)
95) In Hessen ist ehrenamtlich verwalteten Gemeinden die Beifügung eines Vorberichts freigestellt (§ 6 I 2 heGemHVO).
96) nicht zuletzt für die Erörterung problematischer kommunaler Finanzplanungen, vgl. Berkenhoff, GemHlt 1954, 81(82)
97) vgl. Loschelder-Giere, GemHhR 64 (Erl.1 zu § 6 GemHVO)

"Überblick" — mit diesem Wort schon ist gesagt, daß der Vorbericht nicht dazu bestimmt ist, rechtliche Bindungen herbeizuführen, daß er keinen rechtlichen Inhalt hat. Freilich können die Ausführungen des Vorberichts in Zweifelsfällen zur Auslegung von Positionen des Haushaltsplanes herangezogen werden[98], nicht anders, als das bei den Motiven des Gesetzgebers geschieht. Mit der Feststellung, daß der Vorbericht keinen rechtlichen Inhalt hat, ist (entsprechend den Ausführungen zu den zuletzt behandelten Anlagen) nichts gesagt gegen die andere Feststellung, daß in der Beifügung eines mangelhaften Vorberichts oder gar im Weglassen des Vorberichts ein Rechtsverstoß zu sehen ist, der möglicherweise zur Nichtigkeit der Haushaltssatzung führt;[99] aber diese Frage ist hier ebensowenig zu erörtern wie die entsprechende Frage bei den unter IV. behandelten Anlagen zum Haushaltsplan.

98) vgl. Loschelder-Giere, aaO 65 (Erl.3 zu § 6)
99) vgl. Pagenkopf, Haushaltssatzung 53

2.Kapitel Rechtscharakter des Haushaltsplanes

Gemeindliche Satzungen werden zu den Quellen objektiven Rechts (Rechtsquellen) gerechnet [1]. Gemäß § 85 nwGO [2] "enthält" die Haushaltssatzung " die Festsetzung ... des Haushaltsplanes"; der Haushaltsplan stellt sich sonach als Teil der Haushaltssatzung dar [3]. Da nun Hauptteil oder Hauptbestandteile einer Satzung wie eines Gesetzes die verbindlichen Sätze sind, die man Rechtssätze zu nennen pflegt, liegt es nahe, die verbindlichen Sätze des Haushaltsplanes und seiner Anlagen- Einnahme- und Ausgabeansätze, Vermerke usw. (s.oben S. 6 ff.) - als Rechtssätze aufzufassen.

---

1) vgl. Gierke, PrivatR I, 142, 149/150; Peters, HbDStR II 264, 272; W.Jellinek, VwR 131; Wolff, VwR I § 25 IX; Gönnenwein, GemR 152; Köttgen, DVBl.1955, 445 (446); BVwG 7.3.58 - VII C 84.57 -, E 6, 247 (249 f).

2) Dieser Vorschrift entsprechen : § 99 II bwGO; Art.89 bayGO; § 69 brhVf; § 112 heGO; § 106 ndsGO; § 96 rhpfGO; § 100 saGO; § 98 shGO.

3) vgl. Gönnenwein, GemR 462; Kottenberg-Rehn, nwGO, Erl. II 1 zu § 85 (S.592); Hölzl, bayGO, Anm.4a zu Art.89 (S.367). Unzutreffend ist die Behauptung Obermayers, VVDStRL 18,144 (160), die Einzelpläne des Haushaltsplans würden nicht veröffentlicht und des halb nicht von der formellen Satzungskraft erfaßt: in der öffentlichen Auslegung des Haushaltsplans gleichzeitig mit der Bekanntmachung der Haushaltssatzung ist eine besondere Form der Veröffentlichung bestimmt (vgl. z.B. § 88 III nwGO).

Dem stehen jedoch mehrere Meinungen und Lehren entgegen, die im folgenden zu erörtern sind: zunächst die Meinungen, denen zufolge ein Erlaubnissatz kein Rechtssatz oder kein selbständiger Rechtssatz ist (sogen. Imperativentheorie [4], s.dazu den 1.Abschnitt), weiterhin Labands Lehre vom Haushaltsgesetz und Haushaltsplan, auf welche die derzeit vorherrschende Ansicht vom Staatshaushaltsplan wie vom Gemeindehaushaltsplan sich gründet (s.dazu den 2. Abschnitt), danach die mit Labands Lehre vom Haushaltsgesetz zusammenhängende, aber allgemeiner begründete Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff (s. dazu den 3.Abschnitt), und schließlich eine Reihe von rechtlichen Charakterisierungen des Haushaltsplans, welche die Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff zur Grundlage haben (s.dazu den 4.Abschnitt).

In den folgenden Erörterungen werden die Wörter "Rechtsnorm" und "Rechtssatz" nicht, wie das vielfach geschieht, [5], synonym gebraucht.[6] Vielmehr wird als Rechtsnorm nicht der Rechtssatz[7] selbst, sondern lediglich der dispositive [8] Inhalt (Sinn) des Rechtssatzes bezeichnet. Diese Unterscheidung von "Norm" und "Satz" entspricht der Unterscheidung von logischem Urteil und Satz;

---

4) vgl. Engisch, Einführung 22.
5) z.B. Bucher, SubjRecht 42 N.2.
6) Zu diesem differenzierten Sprachgebrauch vgl. Wolff, VwR I § 24 II c 2 alpha.
7) Das Wort "Rechtssatz" wird hier, wie herkömmlich, (vgl. z.B. Haenel, Studien II 123/124) zur Bezeichnung eines Satzes des (objektiven) Rechts verwendet. Von diesem Sprachgebrauch weicht Kelsen gänzlich ab, wenn er (RRL 73) als Rechtssätze die Sätze bezeichnet, in denen die Rechtswissenschaft die durch "Rechtsnormen konstituierten Beziehungen zwischen den von ihnen bestimmten Tatbeständen"beschreibt. Dieser zwar nicht "falsche", aber doch verwirrende Sprachgebrauch - vgl. Engisch, Urteil 401 - soll hier nicht übernommen werden.
8) s. auf S.43.

sie ist der Sache angemessen, weil auch der Rechtssatz ein Satz ist, der verschiedenerlei Inhalt haben kann, und weil eine Norm (einerlei Sinn) durch mehrere, unterschiedliche Rechtssätze ausgedrückt werden kann.

1.Abschnitt. Erlaubende Rechtssätze

Auf die Frage nach dem Inhalt der Einnahme- und Ausgabeansätze, Vermerke usw. hatte sich die Antwort ergeben, daß viele dieser Sätze Erlaubnisse enthalten, und zwar die Ausgabeansätze und ein Teil der Sätze in den Pflichtanlagen zum Haushaltsplan nur Erlaubnisse (keine Gebote oder Verbote; s. oben S. 6 ff.). Folgte man nun den Autoren, nach deren Meinung es keine (selbständigen) erlaubenden Rechtssätze gibt, so müßte man einem großen und nicht unwichtigen Teil der verbindlichen Sätze des Haushaltsplans einen Ort anweisen, der außerhalb des Rechts (oder in einem unübersichtlichen Grenzraum des Rechts) gelegen wäre. Ob diese Meinungen als zutreffend zu erkennen sind, das soll in folgenden Paragraphen untersucht werden.

§ 2 Erlaubnisse als Inhalt von Rechtssätzen bezw. selbständigen Rechtssätzen

A. Darstellung

Im folgenden werden zunächst (unter 1-4) solche Meinungen dargestellt, nach denen Erlaubnisse Inhalt von Rechtssätzen sein können, danach (unter 5-10) die Meinungen solcher Autoren, welche Erlaubnisse nicht als möglichen Inhalt von Rechtssätzen oder von selbständigen Rechtssätzen ansehen.

---

8) Wolff,aaO, gebraucht den Ausdruck "der imperativische Gehalt" und läßt (vielleicht?) damit schon Erlaubnisse als Gehalt von Rechtssätzen außer Betracht.

1) Die Meinung, daß das Gesetz die Kraft habe, zu befehlen, zu verbieten, zu erlauben und zu strafen, findet sich bereits in den Digesten, und zwar in dem sich auf Modestinus berufenen Fragment.

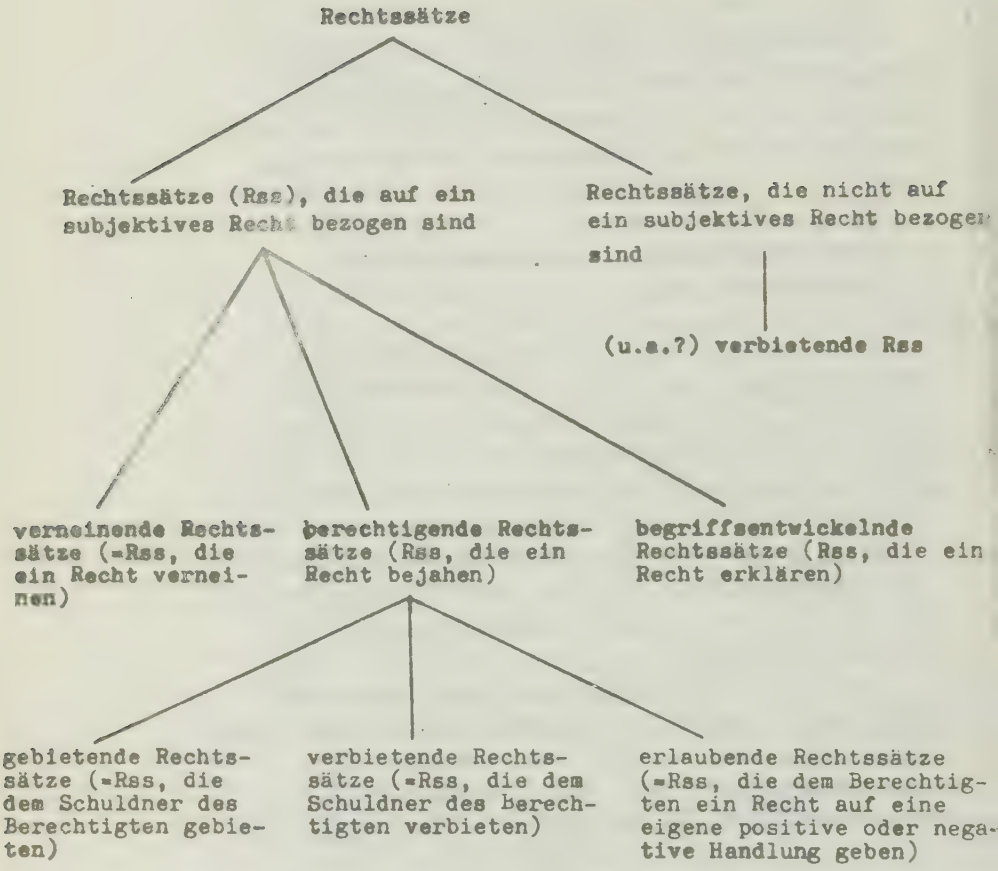
- D. 1,3,7 -
Legis virtus haec est imperare vetare permittere punire.

2) Von diesem Fragment leitet sich eine herkömmliche, u.a. von Brinz[1], Regelsberger[2] und v.Martitz[3] vertretene Einteilung, der "virtus" oder des Inhalts des Gesetzes ab. In dieser Einteilung[4] ist das "punire" des Modestinus meistens eliminiert und anscheinend dem "imperare" und "vetare" zugeordnet; bei v.Martitz z.B. erscheint diese Einteilung in dem Satz, man werde die "virtus" des Gesetzes auf Gebot, Verbot, Gewährung[5] zu reduzieren haben.

3) Wohl der erste Autor, der diese Einteilung durch Eingliederung in eine übergreifende Einteilung modifiziert hat, ist Thöl. Auf ihn haben sich im 19.Jahrhundert nicht wenige Autoren[6] bei der Darstellung ihrer Einteilungen des Gesetzesinhalts -nicht immer freilich zu Recht- berufen. Thöls Einteilung der Rechtssätze[7] kann schematisch etwa so dargestellt werden:

---

1) Brinz, Pand.I 105.
2) Regelsberger, Pand.I 113.
3) v.Martitz, ZStW 36, 207 (246).
4) ausgenommen z.B. Regelsbergers Einteilung (Pand I 113).
5) Die Trias "Gebot, Verbot, Gewährung" findet sich in der Gegenwart etwa bei Egon Schneider, Logik 84, der aber (aaO 85) behauptet, die Bezeichnung "Rechtsnorm" sei auf gebietende und verbietende Rechtssätze beschränkt. *)
6) z.B. Windscheid, Pand.I 64 N.*); Regelsberger, Pand I 112 N.*; Binding, Hb.I 182 (N.4); vgl. auch v.Martitz, ZStW 36, 207 (246).
7) s.Thöl, Einleitung 96f, 102 f.


Rechtssätze
Rechtssätze (Rss), die auf ein subjektives Recht bezogen sind
Rechtssätze, die nicht auf ein subjektives Recht bezogen sind
(u.a.?) verbietende Rss
verneinende Rechtssätze (=Rss, die ein Recht verneinen)
berechtigende Rechtssätze (Rss, die ein Recht bejahen)
begriffsentwickelnde Rechtssätze (Rss, die ein Recht erklären)
gebietende Rechtssätze (=Rss, die dem Schuldner des Berechtigten gebieten)
verbietende Rechtssätze (=Rss, die dem Schuldner des Berechtigten verbieten)
erlaubende Rechtssätze (=Rss, die dem Berechtigten ein Recht auf eine eigene positive oder negative Handlung geben)

Zu seiner Einteilung führt Thöl u.a. aus, die Einteilung in gebietende, verbietende, erlaubende Rechtssätze passe nicht auf die verneinenden und die begriffsentwickelnden Rechtssätze;[8] weiterhin führt er aus, es gebe noch andere verbietende Rechtssätze als die berechtigenden Verbots- Rechtssätze (d.h. die Sätze, die die Handlung eines anderen verbieten [9]). [10]

4) Bindings Einteilung der Rechtssätze[11] ist zwar nicht unabhängig von der Thöl'schen Einteilung[12], weicht von ihr aber im ganzen erheblich ab. Oberster Gegensatz ist ihm der Gegensatz von bejahenden und verneinenden Rechtssätzen. Die bejahenden Rechtssätze teilt er ein in solche, die ein Verbot oder Gebot (das sind für ihn Normen) oder eine Gewährung (ein Recht) begründen, und in solche, die Verbot, Gebot oder Gewährung aufheben. Die begriffsentwickelnden Rechtssätze sind für ihn Teile von bejahenden oder verneinenden Rechtssätzen.

5) Nach Thons Ansicht soll den Rechtsunterworfenen im Recht ein Impuls zu einem bestimmten Verhalten gegeben werden; dieser "Impuls erfolgt durch Befehle bald positiven, bald negativen Inhalts." Inhalt jeden selbständigen Rechtssatzes ist ein Gebot oder ein Verbot, das ist ein Imperativ oder eine Norm.[13] Nur die Gebote und Verbote enthalten das Recht. Die Gewährungen hingegen sind keine selbständigen Rechtssätze; sie bestimmen lediglich die Vorbedingungen für den Eintritt oder das Ende gewisser Imperative [14].

---

8) Thöl, Einleitung 102 N.2.
9) Thöl, Einleitung 103.
10) aaO 104.
11) s.Binding,Hb.I 156,181 f.
12) vgl. aaO. 182 (N 4).
13) Thon, Rechtsnorm 2 f.
14) Thon, aaO 346; siehe auch aaO S.6,8.

6) Schuppe spricht solchen Sätzen, welche Ausnahmen von einer eine Rechtspflicht feststellenden Regel statuieren, jeden selbständigen Wert ab und bezeichnet sie als Grenzbestimmungen für die Geltung des Imperativs; diese Grenzbestimmungen seien keine erlaubenden Rechtssätze neben den imperativischen Rechtssätzen, sondern sie gehörten zu dem Imperativ.[15]

7) Windscheid behauptet zwar, er lege die Darstellung Thöls seinen Ausführungen zu Grunde,[16] nennt aber nebeneinander (dies im Unterschied zu Thöl) gebietende, verbietende, verneinende und declaratorische Rechtssätze.[17] Erlaubende Rechtssätze seien, so behauptet er, in der Form der Erlaubnis ausgedrückte Rechtssätze; sie seien "in der Wirklichkeit" entweder gebietende oder verbietende oder verneinende Rechtssätze.[18]

8) Binder sieht in gewährenden Rechtssätzen solche Sätze, die in gewährender Form stets einen gebietenden oder verbietenden Inhalt hätten. Als Beispiel führt er einen Rechtssatz an, der ausspricht, daß der Gläubiger berechtigt ist, vom Schuldner die Leistung zu verlangen: dieser Satz, behauptet er, habe keine andere materielle Bedeutung als ein anderer, der dem Schuldner die Leistung gebietet oder den Richter heißt, den Schuldner zur Leistung zu verurteilen[19].

9) Bierling nimmt als Zweck alles Rechts ein bestimmtes äußeres Verhalten von Menschen an. Das Mittel zur Erreichung dieses Zwecks sind für ihn Normen oder Imperative[20]; demgemäß besteht für ihn alles Recht in Normen[21]. Im Hinblick auf ihren Inhalt teilt er die Rechtsnormen oder Rechtssätze

---

15) Schuppe, SubjRecht 2o; ähnlicher Bucher, SubjRecht 54
16) Windscheid, Pand.I, 64 N+).
17) aaO 64 f.
18) aaO 65.
19) Binder, Rechtsnorm 19.
2o) Bierling, Prinzipienlehre I 19
21) aaO 3o.

in selbständige und unselbständige Normen ein; diese Einteilung nimmt er vor unter dem Gesichtspunkt, ob die Rechtsnorm je für sich allein schon einen verständlichen und vernünftigen Sinn habe. Nur die selbständigen Normen seien, so führt er aus, im engeren und eigentlichen Sinn Gebote und Verbote. Unselbständige Rechtsnormen seien solche, die nur unter Beziehung auf andere gleichzeitig existierende Normen[22] Sinn hätten; sie seien entweder auch wahre Imperative (Gebote und Verbote)[23] oder andere Rechtssätze, die nicht Imperative seien[24].

10) Kelsen begreift das Recht als System von Normen. Dazu führt er aus, mit dem Ausdruck "Norm" bezeichne man den Sinn, den gewisse menschliche Akte hätten, die intentional auf das Verhalten anderer gerichtet seien: daß etwas sein oder geschehen, insbesondere daß sich ein Mensch in gewisser Weise verhalten solle (d.h. auch: "dürfe" oder "könne") [25]. Das Recht sei eine Zwangsordnung, d.h. eine Ordnung, deren Normen der Rechtsgemeinschaft zuschreibbare Zwangsakte statuierten[26]. Zwar gebe es in modernen Rechtsordnungen auch solche Normen, in denen für gewisse Verdienste Belohnungen vorgesehen würden; diese Normen seien jedoch kein Merkmal, das die wesentliche Funktion der als Recht bezeichneten Gesellschaftsordnungen kennzeichne[27].

Bei den für das Recht charakteristischen (d.h. auf Zwangsakte bezüglichen) Normen unterscheidet Kelsen selbständige, gebietende Normen und unselbständige Normen. Eine selbständige, gebietende Norm gebiete ein bestimmtes Verhalten in der Weise, daß sie an das gegenteilige Verhalten einen Zwangsakt als Sanktion knüpfe; Beispiel dafür

---

22) Bierling, Prinzipienlehre I 71
23) aaO 104 f.
24) aaO 87 f.
25) Kelsen, RRL 4f.
26) aaO 34,35.
27) aaO 35.

seien moderne Strafgesetze.[28] Eine unselbständige Norm sei mit einer solchen selbständigen, gebietenden Norm wesentlich verbunden, d.h. nur zusammen mit ihr sinnvoll[29]. Als unselbständige Normen erwähnt Kelsen Normen, die ein bestimmtes Verhalten vorschreiben, aber nicht selber an deren Nichtbefolgung eine Sanktion knüpfen,[30] weiterhin positiv erlaubende Normen, d.h. solche, durch die der Geltungsbereich einer verbietenden Norm eingeschränkt werde,[31] ferner ermächtigende Normen (die z.B. eine Geschäftsfähigkeit, subjektive Rechte oder Zuständigkeiten von öffentlichen Organen statuieren) [32], schließlich solche Normen, die den Sinn anderer Normen etwa durch Definition eines Begriffs oder durch authentische Interpretation in anderer Weise näher bestimmten. [33]

B. Kritik

Zunächst (unter I.) sollen die Meinungen derjenigen Autoren, die gewährende oder erlaubende Rechtssätze kennen, im wesentlichen lediglich unter dem Gesichtspunkt betrachtet werden, welcher Einteilungsgrund für ihre Einteilungen bestimmend sei und ob die jeweiligen Einteilungen zutreffend nach dem Einteilungsgrund gebildet seien; im übrigen sollen diese Meinungen im Zusammenhang der Erörterung der Gegenmeinungen behandelt werden. Diese Erörterung der Gegenmeinungen kann nicht auf eine Kritik der Darlegungen Thons und Schuppes, die nur imperativische Rechtssätze kennen, beschränkt werden. Vielmehr bedarf es auch eines Eingehens auf die Meinungen, nach denen erlaubende Rechtssätze als unselbständige Rechtssätze anzusehen sind, nach

---

28) Kelsen, RRL 56, 121.
29) aaO 56f.
30) aaO 56.
31) aaO 16, 56f.
32) aaO 4,151f.
33) aaO 58.

denen derartige Rechtssätze gleichsam in Anführungszeichen gesetzt und zu Bestandteilen des Rechts erklärt werden, die sozusagen "minderen Rechts" sind: ob die darin zum Ausdruck kommende Vorstellung vom Recht angemessen sei, erscheint erörterungsbedürftig. Von den Gegenmeinungen soll zunächst ein ihnen gemeinsamer Ansatz diskutiert werden (unter II.), danach sollen die Darlegungen Thons und Schuppes (unter III.), im Anschluß daran die Argumentation von Windscheid und Binder (unter IV.) und schließlich die Argumente Bierlings und Kelsens (unter V.) erörtert werden.

I. Die Aufzählung von Elementen der Gesetzes-"Kraft", die Modestinus gibt, kann für den gegenwärtigen Rechtszustand schwerlich anders denn als Beschreibung der augenfälligsten Funktionen eines Gesetzes, nicht aber als erschöpfende Einteilung der Gesetzes-"Kraft", verstanden werden : Das "Strafen" des Gesetzes ist heutzutage ein Unterfall des "Gebietens"; z.B. § 223 StGB ist so zu lesen:"Wenn ein Mensch einen anderen Menschen körperlich verletzt, so soll er ... bestraft werden."[34]

Aber auch der an Modestinus anschließenden Einteilung in Gebot, Verbot, Gewahrung (Brinz, v.Martitz usw., Thöl, Binding) ist entgegenzuhalten, daß sie einen konsequent angewendeten Einteilungsgrund nicht erkennen läßt. Geht man, um solch einen Grund zu finden, von der "Gewährung" aus, so ergibt sich etwa die folgende Erwägung : Unter "Gewährung" begreifen die Autoren, die diesen Ausdruck gebrauchen, — soweit ersichtlich — nebeneinander sowohl die "Erlaubnis" (=Einschränkung eines Imperativs, d.i. eines Gebots oder Verbots) als auch das, was Kelsen "Ermächtigung" nennt[35],[36]

---

34) vgl. Thon, Rechtsnorm 8 ff.
35) s.oben S.49
36) Ausdrücklich begreift Gierke (Privatrecht I 124) für den die Rechtssätze "inhaltlich gewährende, verpflichtende oder deutende" sind, unter gewährenden Rechtssätzen sowohl ermächtigende als auch erlaubende Sätze.

also insbesondere die Statuierung der Geschäftsfähigkeit und von subjektiven Rechten.Nimmt man nun - was durch den üblichen Gebrauch der Wörter nahegelegt wird - "Erlaubnis" und "Ermächtigung" als einander nebengeordnete Begriffe, so läßt sich die Gewährung als "Vergrößerung der Freiheits- und Rechtssphäre" umschreiben. Der Gegenbegriff der "Verkleinerung der Freiheits- und Rechtssphäre" wird dann durch den Ausdruck "Gebot und Verbot" nicht zutreffend wiedergegeben, weil dieser Ausdruck z.B. das Gegenstück zur Zuerkennung der Geschäftsfähigkeit, die Aberkennung dieser Fähigkeit, nicht bezeichnet; der aberkennende Rechtssatz dürfte ein "verneinender Rechtssatz" i.S. Thöls und wohl auch Windscheids sein. Der Gegenbegriff zur "Gewährung" müßte dann also weiter sein als der mit dem Ausdruck "Gebot und Verbot" gemeinte Begriff.

Der Frage, welches dieser Gegenbegriff sei, der weiter ist als der Begriff "Gebot und Verbot", braucht jedoch nicht nachgegangen zu werden, weil die Erforschung des Sinnes der Haushaltsansätze (oben, § 1, S.8 ff.) ergeben hatte, daß diese nicht Ermächtigungen, sondern Erlaubnisse enthalten. Die als Einschränkung eines Imperativs, das ist eines Gebots oder Verbots, begriffene "Erlaubnis" aber ist ein Gegenbegriff zum "Gebot und Verbot" - mag man nun unter der "Erlaubnis" auch die Ermächtigung begreifen (entgegen der im Zwischenhinein gemachten Annahme) oder mag man das nicht tun. Läßt man also die Ermächtigung außer Betracht, so finden sich in der herkömmlichen Einteilung der Gesetzeskraft oder des Gesetzesinhalts in Gebot, Verbot, Gewährung die beiden einander entgegengesetzten Begriffe:

"Gebot und Verbot" [37] und "Erlaubnis", die auf dem Gegensatzpaar "Position oder Setzung eines Imperativs ⟷ Negation oder Einschränkung oder (partielle oder totale) Aufhebung eines Imperativs" beruhen. Ob der damit gegebene Begriff eines erlaubenden Rechtssatzes einen am Recht zu eruierenden Sachverhalt zutreffend wiedergebe, das freilich soll erst die Auseinandersetzung mit den Autoren zeigen, welche "erlaubende Rechtssätze" nicht oder nicht als selbständige Rechtssätze anerkennen.

1) Bei mehreren von den Autoren, welche erlaubende Sätze nicht für Rechtssätze oder nicht für selbständige Rechtssätze halten, hat die Argumentation einen geradezu typisch zu nennenden Gang: An der Spitze steht ein Satz des Inhalts, daß das Recht sich auf das Verhalten (insbesondere) von Menschen richte; diesem Satz folgt ein ebenfalls nicht begründeter Satz des Inhalts, <u>das</u> Mittel zur Einflußnahme auf das menschliche Verhalten sei der Imperativ (so Thon und Bierling). Eine geringe Modifikation dieses Argumentationsschemas bringt Kelsen, wenn er im Recht eine Zwangsordnung erkannt und diese Erkenntnis gegen einen von ihm selbst gemachten Einwand verteidigt u.a. durch den Rekurs auf die "wesentliche Funktion" des Rechts, Zwangsakte zu statuieren. Dieser Rekurs ändert nichts daran, daß Kelsens sowohl als Thons und Bierlings Behauptung über "<u>das</u> Mittel" des Rechts zur Einflußnahme auf menschliches Verhalten als Mitteilung des Ergebnisses einer Spekulation, Intuition oder Wesensschau, aber nicht als Mitteilung des Ergebnis-

368

37) In dieser Entgegensetzung stehen sonach "Gebot" und "Verbot" nur zusammengenommen mit "Erlaubnis" auf einer Stufe: Das Verbot, etwas zu tun, ist nicht die Aufhebung eines entsprechenden Gebots (diese Aufhebung ist die entsprechende Erlaubnis!), sondern Gebot eines Negativum (z.B.: "(Du sollst) nicht töten"), Gebot, etwas zu unterlassen; vgl. hierzu auch Thon, Rechtsnorm IZ, und die Beispiele bei Engisch, Gesetzesanwendung 3/4.

einer Gegenstandserforschung erscheint: ein Einblick in den Vorgang der Erforschung wird dem Leser nicht gegeben, und als Ergebnis einer Erforschung wäre, angesichts der Umstrittenheit der Frage, eine Darlegung zu erwarten, die über einen unbegründeten Satz hinausginge.

2) Daß Thon, Bierling, Kelsen u.a. mit ihrer auf Intuition basierenden Aussage vom Imperativ als dem einzigen Mittel der Einflußnahme des Rechts auf die Rechtsunterworfenen fehlgehen, dies dürfte noch nicht durch die Äußerung Bindings, daß "die Unmasse erlaubender Rechtssätze ... wider die Alleinherrschaft der Norm störenden Protest" einlege[38], und auch nicht durch den Rekurs, den Larenz[39] zugunsten von ermächtigenden Rechtssätzen darauf nimmt, daß der Jurist solche Sätze als "Rechtsätze" zu betrachten gewohnt sei, einsichtig gemacht sein. Daß die genannten Autoren mit ihrer Aussage fehlgehen, dürfte aber durch die folgende Erwägung einsichtig werden.

Angenommen wird zunächst eine Situation, in der es mehrere gemeinsam lebende Menschen und einen Gesetzgeber gibt. Der Gesetzgeber meint - um ein Beispiel Kelsens[40] in modifizierter Gestalt aufzugreifen-, der Genuß alkoholischer Getränke schade den Menschen so sehr, daß eine Verhinderung oder Erschwerung des Vertriebs dieser Getränke erforderlich sei; demgemäß verbietet er den Vertrieb alkoholischer Getränke. In einer solchen Situation, die man prototypisch nennen mag, tritt der (als Person gedachte) Gesetzgeber den Menschen zum ersten Mal gegenüber, spricht zu ihnen zum ersten Mal und befiehlt oder verbietet ihnen, etwas zu tun. Eine solche Situation haben Thon, Bierling usw. anscheinend vor Augen, wenn sie im Imperativ das Mittel des Gesetzgebers zur Einflußnahme auf die Rechtsunterworfenen

38) Binding, Hb. I, 157 N 8; vgl. auch dens., KritV Schr. 21, 542 (553).
39) Larenz, Methodenlehre 185
40) Kelsen, RRL 56/57.

erkennen; für eine solche Situation ist diese Erkenntnis richtig.

Der Gesetzgeber sieht sich aber auch in anderen, nicht prototypischen Situationen. Das zeigt insbesondere die nunmehr angenommene Situation, daß der Gesetzgeber irgendeine Veranlassung findet, das zuvor erlassene Verbot des Vertriebs alkoholischer Getränke aufzuheben und auf das Verhalten der Rechtsunterworfenen durch Befreiung von einer Pflicht einzuwirken. Er findet sich dann also in einer Situation, in der es nicht nur ihn und die Menschen gibt, sondern auch einen von ihm herrührenden Rechtssatz, den es zu modifizieren gilt. Hier zeigt sich, daß der Gesetzgeber es mit seiner eigenen Geschichte zu tun bekommt, daß der Rechtssatz nicht nur einen Anfang, sondern auch ein Ende hat, hier wird das Moment der Zeit, der zeitgebundenen Situation für den Gesetzgeber wichtig. Und es liegt die Vorstellung nahe, der neue Satz, durch dessen Ausspruch der Gesetzgeber das Ende der Geltung des alten Rechtssatzes herbeiführt, sei auch ein Rechtssatz, von keiner minderen Qualität als der verbietende Rechtssatz, da auch er auf das Verhalten von Menschen sich richtet und also den Rechtszweck erfüllt. Thon freilich meint, eine ausdrückliche Erlaubnis an Stelle eines früheren Verbots würde "die Rücknahme jenes Verbotes bedeuten, mithin keine Rechtssetzung, sondern eine Rechtsaufhebung sein." [41] Das hier anscheinend gemeinte Argument: "Ein pp.Vorgang ist entweder Rechtssetzung oder Rechtsaufhebung; da die Verbotsrücknahme Rechtsaufhebung ist, kann sie nicht Rechtssetzung sein" überzeugt schon deswegen nicht, weil die Wahrheit des Vordersatzes oder Obersatzes nicht dargetan ist. Es leuchtet zwar ein, daß die

41) Thon, Rechtsnorm 292/293; ähnlich Bucher, SubjRecht 54

Rücknahme eines Verbots nicht zugleich Vornahme eben desselben Verbots sein kann - dies ergibt sich aus der Definition von "Rücknahme" -, aber es leuchtet nicht ein, wieso die Rücknahme des einen Rechtssatzes (des Verbots) nicht durch den Erlaß eines anderen Rechtssatzes (der Erlaubnis) sollte geschehen können, wieso also ein und derselbe Vorgang nicht Rechtssetzung und Rechtsaufhebung zugleich sollte bedeuten können. Wollte man der Meinung Thons folgen, so müßte man die Aufgabe, einen Imperativ aufzuheben, einem "Etwas" außerhalb des Rechts zuweisen - einem Satz der Ethik, einem Machtspruch oder welchem Phänomen sonst? Die Unsicherheit über die Beschaffenheit eines solchen Phänomens, der bisher nicht behobene Mangel einer Bezeichnung, Beschreibung oder gar Definition eines solchen zum Nicht-Recht gehörenden Etwas sprechen deutlich dagegen, daß man die Setzung einer Erlaubnis nicht als Rechtssetzung begreift.

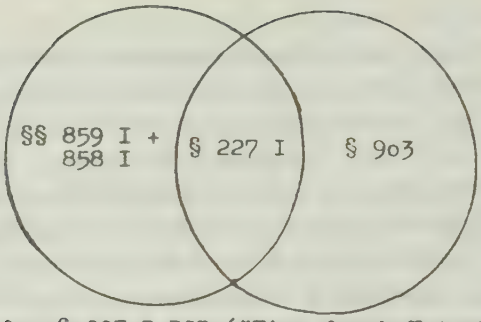
III. Der Unselbständigkeit, die er für ein Merkmal erlaubender Sätze hält, gibt Schuppe einen Ausdruck in der Wendung, diese Sätze gehörten zu dem Imperativ. Eine entsprechende Wendung gebraucht Thon zwar nicht mit Bezug auf erlaubende Sätze, aber mit Bezug auf begriffsentwickelnde Rechtssätze: "sie sind genau genommen nur Stücke eines anderen."[42] Da er gewährende wie begriffsentwickelnde Rechtssätze gleicherweise als unselbständige Rechtssätze charakterisiert, wird man mit einer Übertragung der angeführten Wendung auf erlaubende Rechtssätze seine Meinung nicht verfehlen. Dann erscheint aber die vorhandene Differenz in der Terminologie —

42) Thon, Rechtsnorm 347 N.51. Gegen diese Behauptung läßt sich mit Pernice, GrünhutsZ 7,465 (477) zu Recht sagen: Das verhält sich so " eben doch nur, weil die Rechtsordnung aus lauter Imperativen besteht." Vgl. auch Merkel, GrünhutsZ 6, 367 (372).

Schuppe nennt die erlaubenden Sätze nicht "Rechtssätze", Thon nennt sie "unselbständige Rechtssätze" - als eine nur in der Terminologie, nicht in der Sache bestehende Differenz: beide Autoren halten also erlaubende Rechtssätze für Teile oder Stücke von imperativischen Rechtssätzen.

Auffällig ist zunächst, daß mit der Behauptung, ein erlaubender Rechtssatz sei Teil eines imperativischen Rechtssatzes, eine Abhängigkeit zwischen zwei Hauptsätzen i.S. der Syntax behauptet wird. Deren Bestandteile (Subjekt, Prädikat usw.) mögen nun zwar z.T. identisch sein, solche z.T. gegebene Identität der Satzelemente macht aber den Erlaubnissatz nicht zu einem Nebensatz, der als Bestandteil des Hauptsatzes angesehen werden könnte, wie der Relativsatz in dem Beispielssatz "Ich sah den Mann, der über die Straße ging" (≈ "Ich sah den über die Straße gehenden Mann"). Aber nicht nur ist keine syntaktische Abhängigkeit des Erlaubnissatzes vom Imperativsatz vorhanden, sondern auch eine andersartige diesbezüglich Abhängigkeit oder Unselbständigkeit des Erlaubnissatzes ist nicht zu erkennen. Ist nun der Satz nicht unselbständig, so mag doch der Satzinhalt unselbständig sein; fraglich ist also, ob nicht zu Recht von einer Unselbständigkeit der Erlaubnisnorm im Gegensatz zu einer Selbständigkeit der Imperativnorm die Rede sei.

Die bildliche Vorstellung Thons und Schuppes vom Erlaubnissatz als Teil oder Stück des Imperativsatzes kann - in der berichtigten Fassung mit Normen statt Sätzen - wiedergegeben werden etwa in der nachstehenden graphischen Darstellung am Beispiel des § 227 I BGB einerseits und der §§ 859 I, 858 I und 903 BGB andererseits:



Die Norm des § 227 I BGB ("Eine durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich") ist gemäß dieser Vorstellung Teil der zusammengesetzten Norm "§§ 859 I + 858 I + 227 I" und zugleich Teil der zusammengesetzten Norm "§§ 903+ 227 I";
§ 859 I ("Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren") ist hier als Gebot der Duldung oder als Verbot der Gegenwehr gegenüber der rechtmäßigen Gewalt des Besitzers zu lesen, und § 227 I ist zu lesen als Norm, welche die Deklaration der verbotenen Eigenmacht in § 858 I deklariert oder als erlaubende Norm, welche von dem Verbot der Eigenmacht eine Ausnahme statuiert; § 903 ("Der Eigentümer einer Sache kann ... andere von jeder Einwirkung ausschließen") ist als an alle anderen gerichtetes Verbot der Einwirkung zu lesen, und § 227 I statuiert dann, als Erlaubnissatz, eine Ausnahme von diesem Verbot.Da § 227 I BGB eine Norm enthält, die zugleich ein Stück der zusammengesetzten Norm "§§ 859 I + 858 I + 227 I " und ein Stück der zusammengesetzten Norm "§§ 903 + 227 I" ist, sind die beiden zusammengesetzten Normen in der Norm des § 227 I identisch. Die zusammengesetzten Normen sind also teilidentisch, m.a.W.: jede der beiden zusammengesetzten Normen ist nicht selbständig. In dem Normteil "§227 I" hängen die beiden zusammengesetzten Normen gleichsam zusammen, jede der beiden Normen ist von der anderen abhängig.

Demnach sind auch die von Thon und Schuppe für selbständig angesehen Imperative, die auf die im Beispiel gezeigte Weise zusammengesetzt sind, unselbständige Normen.[43] Solcher unselbständigen Imperative (vor allem mit einer begriffsentwickelnden Norm als Teil von ihnen) sind nicht wenige: sie machen keine quantité négligeable aus für die Kennzeichnung von Imperativsätzen einerseits, Erlaubnissätzen andererseits. Imperativnormen i.S. Thons und Schuppes unterscheiden sich also von Erlaubnisnormen nicht dadurch, daß jene selbständige, diese aber, als Teile von selbständigen Normen, unselbständige Normen wären.

1) Auf die einzelnen Veränderungen oder Verzerrungen, welche die klar auf das subjektive Recht bezogene Einteilung Thöls durch die angeblich nicht nur auf das subjektive Recht bezogene Einteilung Windscheids erfährt, ist hier nicht einzugehen. Hier interessiert seine Behauptung, erlaubende Rechtssätze seien lediglich in der Form der Erlaubnis ausgedrückte Rechtssätze, seien aber "in der Wirklichkeit" gebietende oder verbietende oder verneinende Rechtssätze.[44] Mit dieser Behauptung scheint gemeint zu sein, was Binder in der Wendung ausdrückt, gewährende Rechtssätze hätten in gewährender Form stets einen gebietenden oder verbietenden Inhalt.[45], m.a.W.: Ein gewährender Rechtssatz ist als imperativischer (Windscheid: oder auch als verneinender) Rechtssatz anzusehen.

Es mag sein, daß Windscheid und Binder mit diesen Behauptungen irgendwelche Korrelationen andeuten wollen, etwa eine Korrelation zwischen der "Form" und einer "Welt des Scheins (der Unwirklichkeit)"

---

43) vgl. auch Engisch, Einführung 23: Imperative wie das Verbot der Körperverletzung, Tötung u.dgl. würden nur durch Hinzudenken von Erlaubnissen usw. "vollständig".
44) siehe oben, S.47
45) siehe oben, S.47

oder zwischen der "Form" und "dem Uneigentlichen" auf der einen Seite und eine Korrelation zwischen dem "Inhalt" und einer "Welt des Seins (der Wirklichkeit)" oder zwischen dem "Inhalt" und " dem Eigentlichen" auf der anderen Seite; da sie sich jedoch darüber nicht auslassen, wird zweifelhaft bleiben müssen, ob sie mit ihren Behauptungen dergleichen Andeutungen intendiert haben.

Desgleichen ist zweifelhaft, ob Binder und (vielleicht auch) Windscheid mit ihren Behauptungen das meinen, was Savigny als Stoff und als Form an einem Gesetzbuch unterscheidet: das Recht oder die Rechtsnormen als Stoff und die sprachliche Darstellung dieses Stoffes in Kürze oder Weitläufigkeit als Form des Gesetzbuchs.[46] Der Zweifel entspringt aus der Erwägung, daß das Wort "gewährend" kein Attribut ist, das zu dieser Verwendung des Wortes "Form" paßte: Man kann hier wohl von "kurzer bezw. weitläufiger Form" reden (mit dem Sinn: "kurzer bezw. weitläufiger Ausdruck" oder "kurze bezw. weitläufige Darstellung"), aber nicht von "gewährender Form" mit dem Sinn " gewährender Ausdruck" oder "gewährende Darstellung".

2) Die von Binder gebrauchten Ausdrücke "Inhalt (eines Satzes)" und "materielle Bedeutung (eines Satzes)" lassen aber Begriffe und Unterscheidungen anklingen, die in der Sprachwissenschaft und in der Logik gemacht zu werden pflegen. Die Wahrheit der Behauptungen unter Anwendung sprachwissenschaftlicher und logischer Erkenntnisse zu untersuchen, ist deswegen angemessen, weil Rechtssätze

---

46) Savigny, Beruf 83, 85 f.

Sätze sind, d.h. Teile der Sprache[47], die u.a. zur Mitteilung von Gedanken dienen, und weil insbesondere die Erkenntnisse, die sich auf das Verhältnis zwischen Satz und Satzinhalt (Urteil, Frage, Befehl usw.) sowie zwischen dem Satz und dem durch ihn bezeichneten Sachverhalt beziehen, auch für Rechtssätze zutreffen. Im folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob ein gewährender Rechtssatz nach sprachwissenschaftlichen und logischen Begriffen und Termini ("Satz", "Satzinhalt", "Bedeutung" usw.) einen imperativischen Inhalt oder dieselbe "materielle Bedeutung" habe wie ein imperativischer Rechtssatz.

a) Der Untersuchung dieser Frage nach der Gleichheit des Inhalts oder der Bedeutung von gewährenden und vom imperativischen Rechtssätzen tritt als erste Schwierigkeit die Feststellung entgegen, daß die Norm, der Inhalt eines Rechtssatzes, kein Urteil i.S. der Logik ist,[48] also nicht zu den Gegenständen (sc. Urteile und Begriffe) gehört, mit denen Logiker fast ausschließlich sich zu befassen pflegen: Urteil ist Behauptung, daß etwas sei ("S ist P"), Norm ist Anordnung, daß etwas sein solle. Dementsprechend ist es sinnvoll, nach der Wahrheit des behaupteten Satzes " Der Mensch hat vier Beine" zu fragen, weil auf diese Frage die Antwort " Wahr!" oder "Unwahr!" zu erwarten ist; aber es ist sinnlos, nach der Wahrheit des imperativischen Satzes "Geh!" zu fragen.[49]

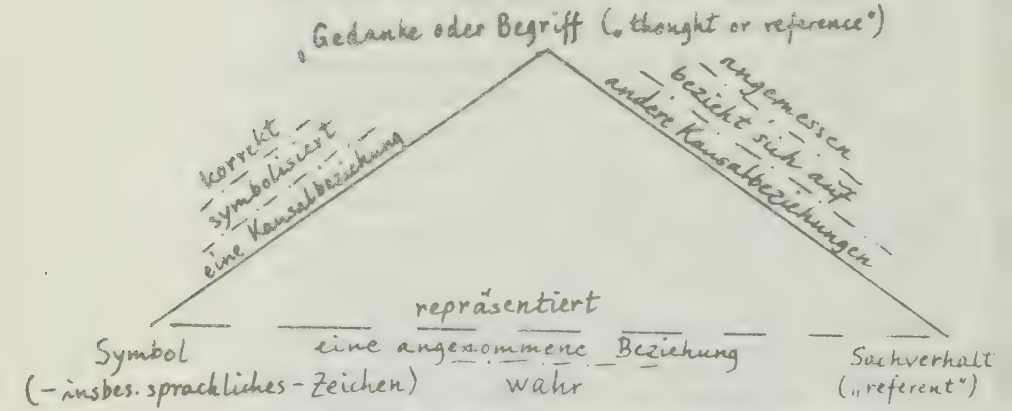
---

47) Ob man die Sätze zur "Sprache" ("la langue") als der Summe der bei allen Individuen aufgespeicherten Wortbilder i.S. de Saussures, Grundfragen 16, zu rechnen habe oder zum "Sprechen" (" la parole") als dem individuellen Akt der Sprachanwendung (de Saussure aaO), kann auf sich beruhen: die anzuwendenden elementaren sprachwissenschaftlichen Erkenntnisse werden nicht berührt von der Zurechnung der Sätze zum Sprechen (so de Saussure aaO 148) oder zur Sprache (so Wittgenstein, Tractatus Nr. 4.001: "Die Gesamtheit der Sätze ist die Sprache". Nr. 3.5, Nr. 4 - S.32 -).

48) vgl. Frege, Sinn 53, 65; Kelsen, RRL 7; Englis ARSP 1964, 305.

Aus der gemachten Feststellung folgt, daß die an urteilenden Sätzen i.S. der Logik (an behauptenden Sätzen) erkannten Erscheinungen nicht ohne weiteres auch bei Rechtssätzen zu erwarten sind. Das wird sich bei der sogleich zu erörternden Frage zeigen, ob ein Rechtssatz, ebenso wie ein behauptender Satz, eine Bedeutung habe.

b) Ehe diese Frage nach der Bedeutung des Rechtssatzes erörtert wird, ist eine Erklärung der im folgenden gebrauchten Ausdrücke "Bedeutung", "Sinn", "Bezeichnung" angebracht. Zur graphischen Veranschaulichung der mit diesen Ausdrücken bezeichneten Beziehungen kann das Dreieck von Ogden und Richards [50] herangezogen werden.



Durch diese Gestalt des Dreiecks - ausgezogene Schenkel und gepunktete Basis - soll etwa folgende Überlegung anschaulich gemacht werden: Das Anschauen des Sachverhalts regt zu einem demselben angemessenen ("adequate") Gedanken an; der Gedanke veranlaßt dazu, einen Satz zu denken und zu sprechen, der den Gedanken genau ("correct") wiedergibt; der Satz steht nur indirekt, auf dem Umweg über den

50) Ogden-Richards, Meaning 11.

Gedanken, mit dem Sachverhalt in einer realen Beziehung, die direkte Beziehung zwischen den beiden hingegen ist lediglich angenommen oder fingiert. ("an imputed relation"); im Verhältnis zwischen Satz und Sachverhalt geht es um die Frage der Wahrheit ("true") des Satzes.

Im Anschluß an Frege [51] wird hier die Beziehung zwischen dem Symbol, also z.B. einem (gedachten) Satz, und dem Gedanken oder dem Begriff als "Sinn" bezeichnet[52] und die Beziehung zwischen dem Symbol und dem durch das Symbol bezeichneten Sachverhalt als "Bedeutung". Bei neueren Logikern und Linguisten freilich findet sich auch ein hiervon abweichender Gebrauch dieser Ausdrücke. Bocheński[53] z.B. unterscheidet im Gebiet der Semantik "die Bezeichnung und die Bedeutung des Zeichens: dieses bezeichnet nämlich die Gegenstände, bedeutet aber einen Inhalt.So z.B. bezeichnet das Wort 'Pferd' ein Pferd, bedeutet aber das, was ein Pferd zum Pferde macht, also etwa die Pferdheit." Und Baldinger[54] definiert im Anschluß an Ullmann[55]: "Die Bedeutung ist die reziproke Beziehung, die Namen und Begriff verbindet". Der Bedarf an einem Wort für die Bezeichnung der reziproken Beziehung zwischen Name (Symbol) und Begriff ist gewiß anzuerkennen, doch sollte die Beschlagnahme des Wortes "Bedeutung" für diesen Zweck - an Stelle des hier gebrauchten Wortes "Sinn" - nicht dazu führen, daß man genötigt ist, zuwider allem Sprachgebrauch etwa zu sagen, der leibhaftige Otto von Bismarck-Schönhausen (1815-1898) sei die Bezeichnung des Ausdrucks "Bismarck"; hingegen, nach dem

51) Frege, Sinn 42; gleicher Sprachgebrauch auch bei Wittgenstein, Tractatus Nr. 3. 203 (S.22).
52) im Englischen "meaning" , vgl. Ullmann, Semantics 70.
53) Bocheński,Logik 25.
54) Baldinger, Semasiologie 15.
55) vgl. z.B. Ullmann, Semantics 70.

heutzutage ganz vorwiegenden Gebrauch des Wortes "Bezeichnung" ist dieses ein Synonym für "Zeichen"[56]. Zudem dürfte der Sprachgebrauch Freges aus dem Jahre 1892 eher als der neuere Sprachgebrauch mit dem Gebrauch übereinstimmen, den Binder in seiner zu erörternden Behauptung aus dem Jahre 1912 von dem Wort "Bedeutung" macht.

Zur Illustration des Unterschiedes zwischen "Sinn" und "Bedeutung" diene das folgende Beispiel. Der Satz "Der Abendstern läuft in 225 Tagen einmal um die Sonne" hat dieselbe Bedeutung wie der Satz " Der Morgenstern läuft in 225 Tagen einmal um die Sonne", denn mit den Gedanken, die in beiden Sätzen zum Ausdruck kommen, wird derselbe Sachverhalt gemeint: "Die Venus läuft in 225 Tagen einmal um die Sonne". Aber jeder dieser drei bedeutungsgleichen Sätze hat seinen eigenen Sinn, der von dem Sinn jedes der beiden anderen Sätze verschieden ist[57], weil die durch die drei Sätze ausgedrückten Gedanken verschieden sind: Als Subjekt des ersten Satzes wird ein Stern gedacht, der bei der Abenddämmerung hell über den westlichen Horizont leuchtet, als Subjekt des zweiten Satzes ein bei der Morgendämmerung noch heller Stern über dem östlichen Horizont, als Subjekt des dritten Satzes schließlich wird der nach der Göttin Venus benannte Stern gedacht.

3) Die Frage nach der Bedeutung eines Rechtssatzes soll an dem Beispiel erörtert werden, das Binder anführt. Der gewährende Satz, den er meint, kann etwa so gefaßt werden: "Der Gläubiger ist berechtigt, vom Schuldner die Leistung zu verlangen." Dieser Satz kann wenigstens zwei verschiedene Funktionen

---

56) vgl. auch Eisler, PhilosHdWb s.v. "Name" (S.418): "Name ist ... die Bezeichnung für einen besonderen Gegenstand ..."; Heinrich Maier, Anmerkung zu Sigwart, Logik I 534: "Der Aussagesatz ist die Bezeichnung für den Urteilsgegenstand; er "bezeichnet", "bedeutet" den Urteilsgegenstand."

57) vgl. dazu Frege, Sinn 47.

haben. Gibt er den Gedanken eines Rechtsgelehrten wieder, z.B. in einem Lehrbuch des Schuldrechts, so ist er ein behauptender Satz und/demgemäß auch eine Bedeutung: Er bildet ab[58] oder reproduziert im Bereich des Meinens eine dem Rechtsgelehrten vorgegebene Wirklichkeit[59], nämlich einen unabhängig vom Schreibenden existierenden Rechtssatz.[60] Steht dieser Satz jedoch in einem Gesetz, z.B. § 325 I 1 BGB so enthält er kein Urteil, sondern eine Anordnung[61], die man so wiedergeben kann: Der Gläubiger soll berechtigt sein, vom Schuldner die Leistung zu verlangen." Durch diesen Satz wird, im Gegensatz zum behauptenden Satz, keine dem Gesetzgeber vorgegebene Wirklichkeit reproduziert, sondern es wird eine neue Wirklichkeit produziert, die zuvor nicht existiert hatte[62]: die Norm.

---

58) vgl. Wittgenstein, Tractatus Nr.4.01, 3.5, 4 (8.33, 32).

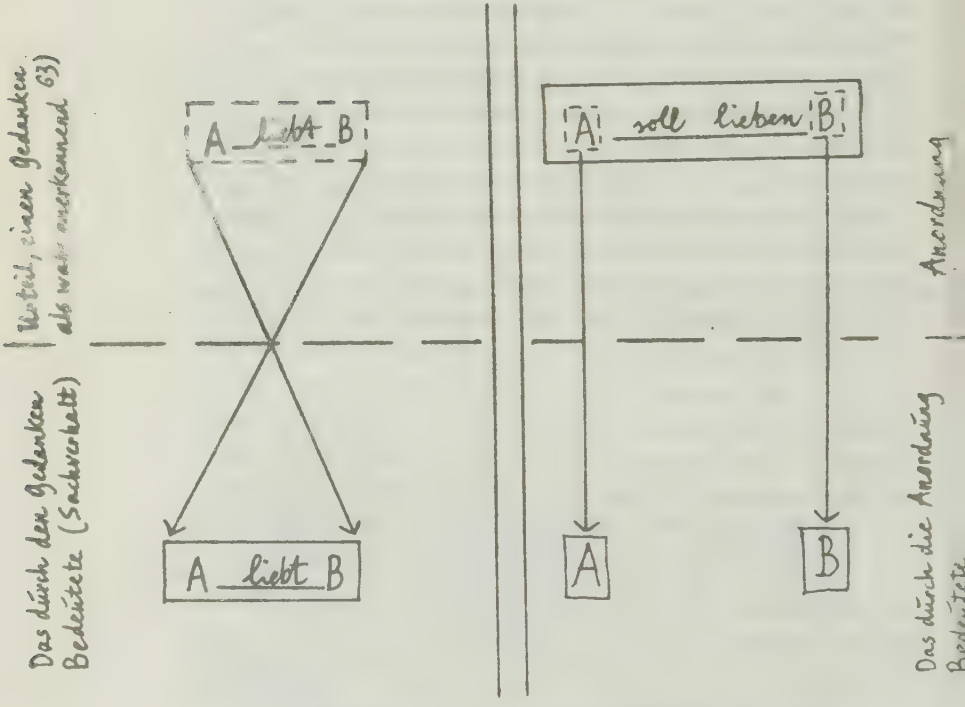
59) Mit "Wirklichkeit" sind hier Sein und Sollen i.S. Kelsens (z.B. RRL 5) gemeint; es bedarf hier keines Eingehens auf die Frage, ob man auch ein Sollen als "seiend" ansehen solle oder nicht; vgl. dazu Wenzel, VVDStRL 4, 136 (146 : Recht als Realität, als etwas Daseiendes).

60) Es genügt in diesem Zusammenhang, von dieser in einem behauptenden Satz zum Ausdruck kommenden Vorstellung auszugehen, daß es solche unabhängige Existenz gebe, (vgl. Frege, Sinn 46) und [illegible] Erörterung bedarf die Frage, ob es überhaupt etwas gebe, das unabhängig von unserem [illegible] existiere, oder nicht gebe.

61) Der Charakter als Anordnung ergibt sich hier aus der Verkündungsformel, die zur Sinnermittlung heranzuziehen ist: "Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen &c., verordnen ....". Vgl. auch Kelsen, RRL 7.

62) Vgl. auch Larenz, Methodenlehre 182.

Dieser Unterschied zwischen einem behauptenden Satz und einem anordnenden Satz mag verdeutlicht werden können an der schematisierten Gegenüberstellung der beiden Sätze "A liebt B" und "A soll lieben B" (= "A soll B lieben") und der ihnen entsprechenden Sachverhalte.



Die Beziehung zwischen A und B, die durch "liebt" gekennzeichnet wird, ist die unabhängig vom Denkenden und Sprechenden existierende Wirklichkeit, ist die Bedeutung des Satzes "A liebt B". Die Beziehung hingegen, die durch "soll lieben" gekennzeichnet wird, ist die Wirklichkeit, die nicht unabhängig vom Anordnenden existiert, die al

63) vgl. Frege, Sinn 46

nicht durch den Satz "A soll lieben B" bedeutet wird; lediglich A und B, ohne Beziehung zueinander, existieren unabhängig vom Anordnenden und werden demgemäß durch diesen anordnenden Satz bedeutet.

Ein Rechtssatz, als Ganzes genommen, "meint" also keine Wirklichkeit außer ihm selbst, er hat keine Bedeutung.[64]

Unter der Annahme, daß Binders Gebrauch des Ausdrucks "(materielle) Bedeutung" mit dem hier eingehaltenen Sprachgebrauch übereinstimmt, kann hiernach gesagt werden, daß seine Aussage über die Identität der materiellen Bedeutung eines gewährenden und eines (entsprechenden) imperativischen Rechtssatzes nicht zutrifft: da keiner der beiden Sätze eine Bedeutung hat, können sie nicht dieselbe Bedeutung haben.

Schließlich kommt noch in Betracht, daß Binder mit den Ausdrücken "keine andere materielle Bedeutung" und "Inhalt (des Rechtssatzes)" hat bezeichnen wollen, was hier mit dem Ausdruck "derselbe Sinn" bezeichnet wird.

Zunächst ist davon auszugehen, daß nicht nur behauptende Sätze, sondern auch anordnende Sätze einen Sinn haben können[65]; allein auf die Möglichkeit, daß der Adressat des anordnenden Satzes den Satz verstehe, d.h. die Vorstellung und den Willen des Anordnenden in seinen Gedanken reproduziere, gründet sich die Erwartung des Gesetzgebers, seine Gesetze befolgt werden.

Für die Beantwortung der Frage, wann zwei anordnende Sätze denselben Sinn haben, mag es dienlich sein, die folgenden drei Satzgruppen nebeneinander zu stellen.

---

64) vgl. auch Frege, Sinn 53; freilich sieht Frege als Bedeutung jedes Behauptungssatzes - soweit sie vorhanden ist- den "Wahrheitswert" an, d.h. "das Wahre" oder "das Falsche" (Sinn 48).

65) vgl. Frege, Gedanke 34.

(1) Ich frage: Darf G von S die Leistung verlangen?
(2) Ich, der Gesetzgeber, verordne: G darf von S die Leistung verlangen.
(3) Ich behaupte: G darf von S die Leistung verlangen.

Diese drei Sätze haben zwar verschiedene Funktionen (Ausdruck einer Frage des Rechtsuchenden, einer Anordnung des Gesetzgebers, eines Urteils des Rechtsauslegers), und der erste Satz hat eine andere Gestalt als die beiden anderen, so daß man nicht wohl sagen kann, in allen drei Satzgruppen erscheine "derselbe Satz". Sie haben aber gemeinsam, was man in einer geläufigen Abkürzung so schreiben kann:

$$G \xrightarrow{\text{(Leistung)}} S ,$$

nämlich die Vorstellung oder den Gedanken "Anspruch G gegen S". Die Gemeinsamkeit dieser Vorstellung hat zur Folge, daß die drei Sätze denselben Sinn oder einen identischen Sinn-Teil haben, je nachdem man annimmt, daß der Sinn jedes der drei Sätze allein durch die Vorstellung "Anspruch G gegen S" bestimmt werde oder daß der Sinn auch durch den Charakter als Frage, anordnender Satz und behauptender Satz bestimmt werde.

Beim Vergleich der beiden Sätze " G darf..." in den Gruppen (2)u.(3) fällt auf, daß die Transformation des anordnenden Satzes in den behauptenden Satz einfach dadurch bewirkt wird, daß man an die Stelle des "Ich verordne" des Gesetzgebers ein "Ich behaupte" setzt; man erhält dann einen behauptenden Satz, der dieselbe Gestalt hat wie der anordnende Satz. Aus dieser Beobachtung und der oben gemachten Feststellung über Identität des Sinnes oder von Sinn-Teilen kann gefolgert werden, daß zwei anordnende Sätze dann denselben Sinn haben, wenn die beiden behauptenden Sätze, in welche man sie auf dem beschriebenen Wege transformiert

hat, denselben Sinn haben.

Diese Folgerung ergibt, auf das zum Ausgangspunkt genommene Beispiel Binders angewendet, das Folgende. Dem behauptenden Satz "Der Gläubiger ist berechtigt, vom Schuldner die Leistung zu verlangen" entspricht der behauptende Satz, der die Pflicht des Richters beschreibt "Der Richter ist verpflichtet, den Schuldner zur Leistung zu verurteilen". In den beiden Sätzen sind verschiedene Personen miteinander in Beziehung gesetzt (Gläubiger —— Schuldner, Schuldner —— Richter) und die Vorstellungen von diesen Beziehungen sind verschieden: im ersten Satz ist an die rechtliche Möglichkeit des Gläubigers gedacht, dem Schuldner- z.B. durch Mahnung oder mit Hilfe des Gerichts- zu befehlen, daß er die Leistung erbringe; im zweiten Satz hingegen ist an die Dienstpflicht des Richters gedacht, die ihm gegenüber seinem Dienstherrn, dem Staat, obliegt, und wohl auch an die Beziehung zwischen Staat und Schuldner, die darin liegt, daß der Schuldner Adressat des verurteilenden Erkenntnisses ist. Weil die Vorstellungen von der Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner einerseits und von den Beziehungen zwischen Richter und Staat sowie Staat und Schuldner andererseits verschieden sind, haben die beiden Sätze nicht denselben Sinn. Der Rückschluß aus dieser Feststellung führt zu dem Ergebnis, daß der dem ersten Satz entsprechende ermächtigende Rechtssatz und der dem zweiten Satz entsprechende imperativische Rechtssatz nicht denselben Sinn haben.

5) Sonach haben ein gewährender Rechtssatz und ein demselben entsprechender imperativischer Rechtssatz weder dieselbe Bedeutung noch denselben Sinn: entgegen Binders Ansicht ist ein gewährender Rechtssatz nicht als ein imperativischer Rechtssatz anzusehen.

V. 1) Mit der Behauptung, andere als imperativische Rechtssätze hätten keinen je für sich schon "verständlichen Sinn", scheint Bierling zu meinen, ein erlaubender Rechtssatz z.B. könne, im Unterschied zu einem imperativischen Rechtssatz, ohne Rücksicht auf einen imperativischen Rechtssatz nicht verstanden werden.

Zur Erörterung dieser Behauptung sollen § 34 I nwGemHVO (erlaubender Rechtssatz) und § 280 I BGB (imperativischer Rechtssatz) einander gegenübergestellt werden.

- § 34 I nwGemHVO -

Sind nach dieser Verordnung oder im Haushaltsplan mehrere Ausgaben als gegenseitig deckungsfähig bezeichnet, so dürfen die bei einer Ausgabe ersparten Mittel, solange sie verfügbar sind, zur Begleichung von Mehrbedürfnissen bei einer anderen dieser Ausgaben verwendet werden.

- § 280 I BGB -

Soweit die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen.

"Der Gemeindedirektor darf die ersparten Mittel an der bezeichneten Stelle verwenden" - das ist der Kern des § 34 I nwGemHVO, ein Satz mit Subjekt, Prädikat und Objekt, deren Verknüpfung durchaus einen Sinn ergibt, ohne daß man auf einen imperativischen Rechtssatz Rücksicht zu nehmen hätte; man kann diesen Sinn auch etwa so ausdrücken: "Der Gemeindedirektor handelt rechtmäßig, wenn er die (ersparten) Mittel an der (bezeichneten) Stelle verwendet". Freilich, welchen Sinn die Wörter "Haushaltsplan", "Ausgabe", "verfügbar" haben, das

mag aus anderen (ergänzenden, insbes.begriffsbestimmenden) Rechtssätzen zu entnehmen sein. Hierin liegt jedoch kein Unterschied zu imperativischen Rechtssätzen. Das zeigt schon der Ausdruck "zu vertretender Umstand" in dem angeführten § 280 I BGB, dessen Sinn aus § 276 I 1 BGB zu entnehmen ist.

Entgegen der Ansicht von Bierling unterscheiden imperativische Rechtssätze und erlaubende Rechtssätze sich also nicht dadurch, daß nur jene - die "eigentlichen" Rechtssätze nach Bierlings Ansicht - je für sich allein schon einen "verständlichen Sinn" hätten, die erlaubenden Rechtssätze aber einen solchen Sinn nicht hätten.

Mit der Behauptung, erlaubende Rechtssätze hätten je für sich allein keinen "vernünftigen Sinn" (Bierling), sie seien für sich allein nicht "sinnvoll" (Kelsen), scheint gemeint zu sein: Vernünftigerweise, sinnvollerweise wird man einen erlaubenden Rechtssatz nicht erlassen, wenn kein "zugehöriger" (imperativischer) Rechtssatz vorhanden ist.

Ob mit dieser Behauptung ein Merkmal angesprochen sei, durch welches erlaubende Rechtssätze sich von imperativischen Rechtssätzen unterscheiden, müßte sich daran zeigen, daß alle imperativischen Rechtssätze je für sich allein, ohne einen "zugehörigen" Rechtssatz, einen "vernünftigen Sinn" hätten oder "sinnvoll" wären. Daß dies nicht der Fall ist, zeigt etwa das oben angezogene Beispiel des § 280 I BGB. Vernünftigerweise nämlich hätte der Reichsgesetzgeber diese Vorschrift nicht erlassen, wenn es nicht die "zugehörige" Bestimmung des Art. 1 der Reichsverfassung von 1871 gegeben hätte, in der das Bundesgebiet abgegrenzt wird. Welchen Sinn hätte es gehabt, den § 280 I BGB zu erlassen, wenn mangels einer Vorschrift über das

Geltungsgebiet in einem Streitfalle kein Richter hätte feststellen können, ob diese Vorschrift überhaupt auf irgendwelche Personen anwendbar sei und, bejahendenfalls, auf welche?

Daß erlaubende Rechtssätze je für sich allein keinen "vernünftigen Sinn" haben bezw. nicht "sinnvoll" sind, ist demnach kein Merkmal, das dieser Gruppe von Rechtssätzen im Unterschied zu den imperativischen " selbständigen" Rechtssätzen eigentümlich wäre.

2.Abschnitt: Laband: Das Haushaltsgesetz als nur-formelles Gesetz

Auf die Frage, welchen Rechtscharakter der Gemeindehaushaltsplan habe, wird vielfach geantwortet, der Haushaltsplan sei eine nur - formelle Satzung [1] bezw. der nur-formelle Teil einer Satzung [2]. Mit diesen Antworten werden die Begriffe des formellen Gesetzes und des materiellen Gesetzes angesprochen, die in der herrschenden staatsrechtlichen Lehre ihren Ort haben. Welchen Inhalt diese Begriffe haben, ist nicht aus Untersuchungen zum Recht der (Gemeinde-) Satzung zu erfahren, sondern aus der Literatur zum konstitutionellen Staatsrecht im 19.Jahrhundert, insbesondere zum Staatsrecht des Königreichs Preußen, des Norddeutschen Bundes von 1867 und des Deutschen Reiches von 1871. Denn in dieser staatsrechtlichen Literatur sind die Begriffe definiert worden; von hierher sind sie -meist auf dem Weg über die Literatur zur Weimarer Reichsverfassung - in die Literatur zum Staatsrecht in der Bundesrepublik Deutschland übernommen worden,[2a] und aus der älteren Literatur sowie aus der Literatur der Gegenwart sind sie auf Gemeindesatzungen übertragen worden [3].

Ein nur-formelles Gesetz- so ist aus der Literatur zum gegenwärtigen Staatsrecht zu erfahren- ist

---

1) vgl. Wolff, VwR I § 24 II e 1; ders. VwR III, § 162 II c;(zum Staatshaushaltsplan): Der Haushaltsplan sei nur formelles Gesetz; dagegen- Unterscheidung von Haushaltsgesetz und Haushaltsplan- Neumark, Budgetgestaltung, 558.

2) vgl. Pagenkopf, Haushaltssatzung 13; Gönnenwein, GemR 152 f.

3) so ausdrücklich Gönnenwein, GemR 152 f; vgl. auch Forsthoff, VwR I § 7 A 4; BVwG 18.3.1960 - VII C 106.59- E 10, 224 (225).

2a) vgl. zu Wacke, Finanzwesen 41; Starck S. 21 f.

dadurch gekennzeichnet, daß es keine Rechtsnormen enthält.[4] Was "Rechtsnormen" seien, darüber ist hier kein klarer Aufschluß zu erlangen[5]. Es erscheint deshalb angezeigt, den Aufschluß darüber zunächst bei Laband zu suchen, dem Autor, der die Unterscheidung von Gesetzen im formellen Sinne (formellen Gesetzen) und Gesetzen im materiellen Sinne (materiellen Gesetzen) zwar nicht "gefunden" oder "erfunden"[6], aber durch die Darstellung der Unterscheidung am Etatsgesetz, die sich als "einflußreich und bahnbrechend erwies"(Anschütz[7]), zur herrschenden Lehre gemacht hat[8].

Im folgenden soll zuerst (in § 3) die Lehre Labands vom Haushaltsgesetz vornehmlich anhand dieser bahnbrechenden Schrift über das Budgetrecht referiert werden, darauf soll nach Bezügen dieser Lehre zur damaligen Rechtslage gefragt werden,und es soll erörtert werden,ob aus der gegenwärtigen Rechtslage sich dieselben Fragen ergeben -insbesondere für den Haushaltsplan der Gemeinde - wie im Jahre 1870, (dazu § 4) und schließlich soll eine Kritik der Laband'schen Lehre ohne Rücksicht auf die damalige Rechtslage unternommen werden (in § 5).

§ 3. Das Haushaltsgesetz als nur-formelles Gesetz - Darstellung der Lehre Labands -

I. Bei der genannten bahnbrechenden Schrift Labands handelt es sich um die Abhandlung "Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen

---

4) vgl. v.Mangoldt-Klein, GG II,Vorbemerkungen II 2a 3a zu Art.70 ff.(S. 1332, 1335); Maunz,StR § 11 I c, d (S.68); Schunck-De Clerck, StR 84; vgl. auch Hesse, Grundzüge 202; zur Weimarer Reichsverfassung: Thoma, HbDStR II 108 (126/127); Anschütz, WRV, Anm.5 zu Art.85.

5) vgl. Hesse, Grundzüge 202

6) Zu den Vorläufern Labands in der Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff vgl. Laband, Budgetrecht 5 N. 2; Huber, Verfassungsgeschichte III 912/913.

8) Vgl. Haenel, Studien II 100 f; Meyer-Anschütz, StR 638/639 (N.3); Heller, VVDStRL 4, 98 (99).

7)Anschütz, Theorieen 14/15.

Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes" aus dem Jahre 1870.[1] Zum Ausgangspunkt seiner Untersuchung nimmt Laband hier die Frage, welche Bedeutung der Ausdruck "Gesetz" in der preußischen Verfassungsurkunde überhaupt und insbesondere in Art.99 hat,[2] der bestimmt:

> Alle Einnahmen und Ausgaben des Staats müssen für jedes Jahr im Voraus veranschlagt und auf den Staatshaushalts-Etat gebracht werden. Letzterer wird jährlich durch ein Gesetz festgestellt.

Zu Beginn der Auslegung des Wortes "Gesetz" stellt Laband fest,[2] dieses Wort bedeute in der Zeit vor der Einführung der konstitutionellen Staatsform den Ausspruch eines Rechtssatzes, die gewollte und bewußte Festsetzung einer Norm. Sein Gegensatz sei das Gewohnheitsrecht; der höhere, sowohl Gesetz als Gewohnheitsrecht umfassende Begriff sei der der Rechtsquelle. Nicht jede Äußerung des Staatswillens sei demnach ein Gesetz, sondern nur diejenige, deren Inhalt ein Rechtssatz, eine Norm zur Regelung oder Entscheidung von Rechtsverhältnissen sei. Diese Darlegungen faßt er in der Behauptung zusammen, das wesentliche Kriterium des Gesetzes bestehe demnach in dem Inhalt, sei also ein materielles; es mache keinen Unterschied, in welcher Form der Staat eine Rechtsregel ausspreche, und daher verstehe man für die Zeit vor und nach Einführung der preußischen Verfassungsurkunde unter dem Ausdruck"Gesetz" in der Regel den Inbegriff aller Rechtssätze mit Einschluß des Gewohnheitsrechts und der Polizeiverordnungen[3].

1) Die Abhandlung erschien zuerst in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen Bd. 4 (1870), S.619 ff, und wurde 1871 als Separatabdruck - nach dem im folgenden zitiert ist- herausgegeben.
2) Laband, Budgetrecht 3.
3) Laband, aaO 4

Seit Annahme der konstitutionellen Verfassung, fährt Laband fort [4], sei nun aber eine neue, engere Bedeutung des Wortes "Gesetz" eingeführt worden. Es sei der oberste Grundsatz und das eigentliche Wesen der konstitutionellen Monarchie, daß der Souverain keine neuen Rechtssätze ohne Zustimmung der Landesvertretung anordnen könne. Die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt sei an die Mitwirkung des Landtags gebunden; Art.62 Abs.2 der Preußischen Verfassung erkläre:

> Die Uebereinstimmung des Königs und beider Kammern ist zu jedem Gesetze erforderlich.[5]

Aus der Tatsache, daß nach der Verfassung Preußens wie nach den Verfassungen aller konstitutionellen Staaten Rechtssätze, insbesondere Verordnungen, auch ohne Mitwirkung und Zustimmung der Kammer erlassen werden könnten, ergebe sich für den Begriff des Gesetzes im engeren Sinn ein <u>formelles</u> Merkmal, die Übereinstimmung der Krone und des Landtags [6].

Hier schließt Laband diese Betrachtung an:[7] Durch die Einführung der konstitutionellen Verfassungsform sei der Begriff der Gesetze nicht erweitert, sondern eingeengt worden. Es sei zu dem materiellen Erfordernis des Begriffes, daß das Gesetz seinem Inhalt nach die Aufstellung einer Rechtsregel sei, ein äußerliches, formelles hinzugekommen. Unter den Gesetzen im älteren Sinne sei eine besondere, durch die Form ihres Zustandekommens qualifizierte Art ausgezeichnet, die nun Gesetze im engeren oder konstitutionellen Sinn hießen. Daraus folge, daß eine Äußerung des Staatswillens, die

---

4) Laband, Budgetrecht 4/5.
5) vgl. auch Budgetrecht 10.
6) ebenda 5.
7) ebenda 5 f.

überhaupt nicht unter den Begriff der Rechtssatzung, also des Gesetzes im weiteren Sinne des Wortes falle, auch dadurch, daß dieser Staatswille unter Übereinstimmung der Krone und der Volksvertretung ausgesprochen werde, diesen Charakter nicht erlangen könne. Denn was sich dem Genus nicht unterordnen lasse, könne auch keiner zu diesem Genus gehörenden Spezies untergeordnet werden. Es hänge auch keineswegs vom Belieben des Gesetzgebers ab, etwas, was seinem Inhalt nach kein Gesetz sei und kein Gesetz sein könne, dadurch allein, daß er es Gesetz nenne, zum Gesetz zu machen. Die Verleihung eines Ordens, die Ernennung eines Beamten oder die Erklärung eines Krieges seien keine Gesetze, selbst wenn sie als solche bezeichnet werden sollten. Wollte eine Verfassung bestimmen,-was sachlich durchaus möglich sei-, daß solche Willensakte des Staates nur im Falle der Übereinstimmung der Krone und des Landtags vorgenommen werden, so werde in solchen Fällen die Form der Gesetzgebung auf Akte, die keine Gesetze seien, d.h. die materiell nicht unter den Begriff der Gesetze fielen, sondern Handlungen der Verwaltung seien und blieben, angewendet.

Daß der Etat Normen für die Verwaltung enthalte, fährt Laband fort, könne zwar wohl nicht mit Grund bestritten werden.[8] Als Gesetz könne eine Regel aber nur dann bezeichnet werden, wenn sie einen Rechtsinhalt habe, wenn sie in irgendeiner Beziehung die Rechtssphäre des Einzelnen oder der staatlichen Gemeinschaft betreffe[9]. Im allgemeinen werde jede Äußerung des staatlichen Willens ihrer allgemeinen Tendenz nach ohne Schwierigkeiten erkennen lassen, ob sie die Aufstellung und Formulierung von Rechtsregeln bezwecke oder nicht, und es sei nicht erforderlich, in den noch immer ungelösten Schulstreit

---

8) Laband, Budgetrecht, 11.
9) ebenda 12

um die richtigste Definition von Recht hier einzugehen, da nur an den äußersten Grenzpunkten ein ernsthafter Zweifel darüber möglich sei, ob sie noch zu dem Gebiet der Rechtsordnung gehörten oder außerhalb desselben lägen [10].

Von diesem Gesichtspunkt aus springe es nun klar in die Augen, daß der Etat regelmäßig keine Rechtssätze enthalte, also kein Gesetz im materiellen Sinne des Wortes sei. Der Etat sei eine Rechnung, und zwar nicht über bereits geleistete Ausgaben und erhobene Einnahmen, sondern über künftig zu erwartende Einnahmen und Ausgaben, er sei ein sogenannter Voranschlag. Er korrespondiere vollständig mit der nach Ablauf des Verwaltungsjahres alljährlich zu legenden Rechnung über die wirklichen Einnahmen und Ausgaben. Eine Rechnung aber enthalte keine Regeln, am wenigsten Rechtsregeln, sondern Tatsachen; sie referiere durch kurze, mit Zahlen versehene Angaben die bereits erfolgten oder vorherzusehenden Einnahmen und Ausgaben.[11]

Ein Etat sei sowohl in jedem größeren Wirtschaftsbetrieb als auch im Staat unerläßlich, um die finanzielle Ordnung zu erhalten. Im Staat sei die Notwendigkeit des Etats nicht Folge einer bestimmten Verfassungsform, sondern des großen Umfangs, den die Staatswirtschaft erlangt habe,[12] und die Feststellung des Etats genüge keinem Bedürfnis des Rechts, sondern einem Bedürfnis der Wirtschaft. Daher habe die Aufstellung des Etats nichts mit der Gesetzgebung zu schaffen, gehöre vielmehr lediglich zur Verwaltung.[11] Die Feststellung des Voranschlags der Ausgaben und Einnahmen sei kein Gesetz im materiellen Wortsinne, sondern ein Verwaltungsakt oder Verwaltungsgeschäft.[13] Später hat Laband

---

10) Laband, Budgetrecht, 12/13.
11) ebenda 13.
12) ähnlich schon Fricker, ZStW 17, 636 (640).
13) Den Ausdruck "Verwaltungsakt" verwendet Laband, aaO., S. 16, den Ausdruck "Verwaltungsgeschäft" - anscheinend mit derselben Bedeutung- aaO. S.19

den Etat als die in dem Etatsgesetz aufgestellte "Verwaltungsnorm"[14] gekennzeichnet.

Aus dem in diesen Darlegungen "gefundenen" Prinzip, daß die Feststellung des Etats ein in den Formen der Gesetzgebung zu vollziehender Verwaltungsakt sei, folgert Laband einerseits die staatsrechtlichen Grenzen des Budgetbewilligungsrechts der Volksvertretung und andererseits die Rechtswirkungen, welche das Zustandekommen und ebenso das Nichtzustandekommen des jährlichen Etats nach sich zieht[15].

Wende man - so deduziert Laband - den obersten Grundsatz, daß die Staatsverwaltung den bestehenden Gesetzen gemäß geführt werden müsse, auf den Satz an, daß die Aufstellung des Etats ein Verwaltungsgeschäft sei, so ergebe sich der Rechtssatz:

Die Feststellung des Etats muß dem geltenden Recht gemäß geschehen,

und daran sei die Volksvertretung ebenso sehr gebunden wie die Regierung[16]. Soweit durch gültige Gesetze irgendwelche Einnahmen oder Ausgaben direkt oder indirekt bestimmt würden, sei bei der Feststellung des Etats für die freie Willensentschließung eine Schranke gezogen, deren Respektierung sowohl für die Regierung wie für den Landtag eine staatsrechtliche Pflicht sei[17]. Aus der Bindung der Etatsfeststellung an das geltende Recht folge für die Ausgaben, daß der Landtag das bestehende Recht und die gesetzlich bestehenden Einrichtungen des Staates ebensowenig indirekt durch Verweigerung der zu ihrer Durchführung erforderlichen Ausgaben aufheben könne, als er das direkt durch einseitige Beschlüsse ohne Zustimmung der Krone tun könne.[18]

---

14) Laband, StR IV, 543.
15) Laband, Budgetrecht 19.
16) Laband, ebenda 19/20.
17) Laband, ebenda 20.
18) Laband, ebenda 35; ebenso v.Rönne, Pr.StR I 603.

Entgegen der herrschenden Auffassung sei in dem ordnungsgemäß zustandegekommenen Etat hinsichtlich der allermeisten Einnahmen und Ausgaben keine Ermächtigung für die Regierung zu finden, diese Einnahmen und Ausgaben zu machen.[19] Für die ordentlichen Einnahmen -also abgesehen von Anleihen, Ausgaben von Papiergeld, Einnahmeüberschüsse der Vorjahre und Veräußerung von Domänen usw.[20]- sei die gesetzliche Grundlage in der Gesamtheit der Steuergesetze gegeben[21]. Ebenso ergebe sich die Ermächtigung zu Ausgaben, abgesehen von einem verschwindend kleinen Teil, nicht erst aus dem Etatsgesetz, sondern schon aus anderen Gesetzen: die Hauptmasse der Ausgaben beruhe auf speziellen Gesetzen und der bereits anerkannten herkömmlichen Einrichtung des Staates[22]. Die spezifische Wirkung des Etatsgesetzes bestehe vielmehr darin, daß die Notwendigkeit oder Nützlichkeit gewisser Ausgaben vom Landtag und der Regierung übereinstimmend anerkannt werde. Die Befugnis der Regierung zur Leistung dieser Ausgaben werde durch den Etat nicht konstituiert, sondern lediglich deklariert[23].

Für den Fall, daß das Budgetgesetz nicht zustandekomme, sei die bis dahin fast ausschließlich herrschende Ansicht abzulehnen, die Regierung dürfe ohne Budgetgesetz gar keine Ausgabe leisten. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht, die sich aus dem in der Untersuchung entwickelten Begriff des Budget von selbst ergebe, erprobe sich an ihrer Undurchführbarkeit und ihren absurden Konsequenzen[24].

---

19) Laband, Budgetrecht 53/54.
20) s.ebenda, 23.
21) s.ebenda 54; ähnlich Gneist, Budget 20 f.
22) Laband, Budgetrecht 54; ähnlich Gneist, Budget 21 f.
23) Laband, a.a.O. 54/55.
24) Laband, a.a.O. 76.

Diese Theorie sei in Wirklichkeit gar nicht, auch nicht den Bruchteil eines Jahres hindurch, praktisch durchzuführen. Denn sie bedeute den Stillstand der Staatstätigkeit, die Auflösung und Desorganisierung des Staates: Schließung aller Gerichte und Verwaltungsämter, Entlassung der Armee, Leerung aller Gefängnisse usw. Es könne aber keinen Grundsatz des Staatsrechts geben, der zur Beseitigung des Staates selbst führe, da die Erhaltung und gedeihliche Entwicklung des Staates das oberste gemeinsame Prinzip aller Staatswissenschaften sei, insbesondere des Staatsrechts [25]. Entgegen dieser Ansicht habe die Regierung, wie bereits dargelegt, auch ohne Etat eine gesetzliche Grundlage zur Leistung der weit überwiegenden Mehrheit der Ausgaben. Da sie in diesem Fall aber hinsichtlich jeder einzelnen Ausgabe verantwortlich sei, habe sie dann hinsichtlich der gesamten Staatsausgaben eine ähnliche rechtliche Stellung wie sonst bei Etatsüberschreitungen und außeretatsmäßigen Ausgaben; [26] hiermit verweist Laband auf seine Behauptung, diese Mehrausgaben seien nicht "als ungesetzliche, oder gar als Verletzungen des Etatsgesetzes anzusehen" [27]. Jede Regierung werde - so beendet Laband die Untersuchung -, wenn sie am Jahresbeginn kein Etatsgesetz habe, durch das unabweisbare Bedürfnis genötigt werden, alle konstitutionellen Theorien auf sich beruhen zu lassen und sich zu den treffenden Worten des Grafen v.Bismarck-Schönhausen zu bekennen:

> Für das Ministerium sei die Nothwendigkeit allein maßgebend, daß der Staat existiren müsse, und daß man es nicht darauf ankommen lassen könne, was daraus würde, wenn man die Kassen schließe. [28]

---

25) Laband, Budgetrecht 77.
26) Laband, ebenda 81.
27) Laband, ebenda 57
28) Laband, ebenda 83.

III. Im "Staatsrecht des Deutschen Reiches" (1.Aufl. 1876 ff.)legt Laband die Abgrenzung der Verwaltung von der Gesetzgebung allgemein dar. Bei der Erörterung des objektiven Begriffs der Verwaltung führt er aus, das Wesen der Gesetzgebung bestehe "in der verbindlichen Anordnung einer Rechtsregel, also in der Aufstellung eines abstrakten Rechtssatzes; das Wesen der Rechtsprechung besteht in der verbindlichen Feststellung eines konkreten Rechtsverhältnisses". Gesetze und Entscheidungen hätten demnach ein gemeinsames Kriterium: sie enthielten Urteile (im Sinne der Logik). Dadurch aber würden die dem Staate obliegenden Aufgaben nicht realisiert; vielmehr könne der Staat seine Aufgaben nur durch Handlungen erfüllen,ganz ebenso wie der einzelne Mensch seine individuellen Lebensaufgaben nicht bloß durch sein Wollen und Denken, sondern auch durch sein Tun verwirkliche. Gesetze müßten zur Ausführung gebracht, Entscheidungen vollstreckt werden; demgemäß stelle man der Gesetzgebung und Rechtspflege die Vollziehung, dem staatlichen Wollen und Denken das staatliche Handeln gegenüber.[29)]

Nach der Erweiterung des Begriffs der Vollziehung zum Begriff der Verwaltung, die durch das Erfordernis gesetzesunabhängiger staatlicher Tätigkeit veranlaßt ist, definiert Laband die Staatsverwaltung als das staatliche Handeln, das "Tun und Lassen" des Staates als einer handlungsfähigen Person [30)].
Den Begriff der Handlung faßt er weit: Unter einer Handlung seien nicht bloß diejenigen Akte zu verstehen, welche unmittelbar einen gewissen äußeren Erfolg faktisch herbeiführten, sondern auch diejenigen, welche diese Akte hervorriefen. Wenn man sage, jemand habe sich ein Haus gebaut, so wolle man nicht gerade ausdrücken, daß er mit eigener Hand daran

---

29) Laband, StR II 176.
30) Laband, ebenda 177.

gearbeitet habe.[31] So seien auch die staatlichen Handlungen gewöhnlich Operationen, die aus einer Kette von Einzelhandlungen bestehen könnten. Der Schwerpunkt liege sogar in der Initiativhandlung, die alle übrigen zur Folge habe. Ein Gesetz zB, das die Aufnahme einer Anleihe befehle, sei der Anfang eines Komplexes von Handlungen, durch die ein bestimmter Erfolg erreicht werden solle, und deshalb im materiellen Sinn ein Verwaltungsakt.[32]

§ 4 Bezüge der Lehre Labands vom Etat als nur-formellem Teil des Etatsgesetzes zu den Zeitumständen
Labands Probleme und das gegenwärtige Gemeinderecht

A. Bezüge der Lehre Labands zu den Zeitumständen

I. Schon aus den Proportionen der Abhandlung über das Budgetrecht ist der Zweck der Schrift zu ersehen : Auf ca.16 Seiten "findet" Laband das Prinzip, daß die Feststellung des Etats ein in den Formen der Gesetzgebung zu vollziehender Verwaltungsakt sei, und auf ca.65 Seiten legt er die "staatsrechtlichen Konsequenzen" aus diesem Prinzip dar, insbesondere die Grenzen des Budgetbewilligungsrechts der Volksvertretung und die Befugnis der Regierung zur Führung der Finanzverwaltung in der haushaltslosen Zeit. Um die Darlegung dieser Konsequenzen geht es dem Autor. Diese Darlegung dient der "Haupttendenz" der Abhandlung - so nennt er die Tendenz seiner Schrift einige Jahre danach an anderer Stelle[1] -, "auch für das Preußische Staatsrecht jene lange verkannte Wahrheit zur Geltung zu bringen", daß die Feststellung des Etats nach Maßgabe

---

31) Laband, StR II 179/180
32) ebenda 180

1) in seiner Abhandlung zum Finanzrecht des Deutschen Reiches, AnnDR 1873, Sp.405(529 N.1)

der Gesetze geschehen müsse.

In der Einleitung zum "Budgetrecht" stellt Laband zwar fest, es sei für die juristische Erkenntnis notwendig, daß man sich ausschließlich und allein von dem Bestreben leiten lasse, die Rechtswahrheit zu finden, unbekümmert darum, wie diese sich zu den Wünschen, Tendenzen und Doktrinen der politischen Parteien verhalte.[2] Mag er nun auch gemeint haben, er habe sich allein von diesem Bestreben leiten lassen, er habe mit der genannten Haupttendenz keiner anderen Herrin gedient als der Wissenschaft selbst[3], so ist ihm immerhin bewußt, daß seine Deduktionen aus dem "gefundenen" Prinzip im Ergebnis[4] in Übereinstimmung stehen mit dem Hauptpunkt der Ansicht Bismarcks[5], des Siegers im preußischen Verfassungskonflikt von 1862 bis 1866. Laband weiß demnach, daß er die siegreiche "politische Partei" der Konfliktszeit publizistisch unterstützt.

Mag man nun in dieser bewußten Übereinstimmung mit der im Verfassungskonflikt siegreichen "politischen Partei" eine politische Tendenz der Budgettheorie finden,[6] oder mag man das nicht — jedenfalls

---

2) Laband, Budgetrecht 2
3) Diese Wendung findet sich bei Laband, BudgetR 2
4) abgesehen von der Verwerfung der auch von Bismarck vertretenen Lückentheorie zum Staatsrecht in der Zeit des Deutschen Bundes, Laband, aaO 80; vgl. zu dieser Theorie auch unten S.
5) vgl. Laband, aaO 76, 83
6) Eine politische Tendenz sehen in Labands Budgettheorie zB Zorn, AnnDR 1889, 344(369) : "Alle diese neueren Theorien beruhen auf einem nicht juristischen, sondern politischen Grundgedanken: daß nämlich das Budget aller Einnahmen und Ausgaben gar kein Jahresgesetz sein kann, ohne daß damit in nuce — 'les horreurs de l'anarchie' aufgenommen wären in das Staatsrecht des festesten Staates der Welt — Preußens !" ; Triepel, Staatsrecht 35; Heller, VVDStRL 4, 98 (106, 111, 127); Heckel, HbDStR II 358(368) : "die staatsrechtliche Wissenschaft bemühte sich unter Führung von Gneist und Laband, insbesondere durch die These von der Natur des Budgetgesetzes als Verwaltungsakts im materiellen Sinn, erfolgreich, die Richtigkeit der politischen Entscheidung" gegen das 'souveräne Ausgabenbewilligungsrecht' des Parlaments "juristisch zu erhärten." Vgl. auch Haenel, Studien II 100, 307

wird man finden, daß die "Haupttendenz" ihren Autor zu Konstruktionen und Deduktionen veranlaßt hat, deren Erforderlichkeit nur aus der damaligen politischen und verfassungsrechtlichen Situation im Königreich Preußen zu verstehen ist. Labands Darstellung des Budgetrechts erscheint nämlich als ein Bündel von Antworten auf die verfassungsrechtlichen Streitfragen der Konfliktszeit. Ermöglicht werden diese Antworten durch die Konstruktion des Budgets als eines Verwaltungsakts in der Form des (nurformellen) Gesetzes. Diese Konstruktion erscheint, angesichts der genannten Situation und der Äußerung des Autors von der "Haupttendenz" seiner Abhandlung, als eine Zweckkonstruktion. Damit dies deutlich werde und damit ferner deutlich werde, daß diese Streitfragen und Labands Antworten darauf in einer politischen und verfassungsrechtlichen Situation, die sich von der gegenwärtigen Situation grundlegend unterscheidet, ihren Ort haben, ist eine kurze Darstellung der damaligen Situation samt ihren Streitfragen angezeigt.[7]

I. 1. Der Verfassungskonflikt in Preußen begann als Heereskonflikt im Jahre 1860. Gemäß dem Willen des damaligen Prinzregenten Wilhelm stellte der Kriegsminister v.Roon einen Heeresreformplan auf, nach dem die Präsenzstärke des stehenden Heeres von rund 150.000 auf rund 220.000 Mann erhöht werden und das Verhältnis von Linienheer und Landwehr von Grund auf umgestaltet werden sollte. Die Landwehr ersten Aufgebots, die bis dahin im Kriegsfall zusammen mit der Linie das Feldheer gebildet hatte, sollte in der Weise geteilt werden, daß ein Teil dieses Aufgebots zur Reserve des Linienheeres übertreten und der andere Teil im Kriegsfall die Landwehr zweiten Aufgebots als Etappen- und Heimatheer verstärken sollte. Die zuletzt im Jahre 1856 wieder auf 3 Jahre verlängerte Wehrdienstzeit sollte unverändert bleiben.[8] Diesem Plan lag die Absicht

---

7) Die Darstellung folgt im wesentlichen Huber, Verfassungsgeschichte III §75-369

8) vgl. Huber, a.a.O. §83

zu Grunde, die Armee als einen besonderen Stand im Staate zu etablieren und durch diese Absonderung von der bürgerlichen Gesellschaft zu einem zuverlässigen Instrument in der Hand ihres königlichen Kriegsherrn zu machen, das nicht nur im äußeren Krieg, sondern auch als Bollwerk gegen die Revolution im Bürgerkrieg gebraucht werden konnte.[9] Gegen die Tendenz des Planes, durch eine lange Dienstzeit eine Verbürgerlichung des Heeres unmöglich zu machen, regte sich von Anfang an der heftige Widerstand der liberalen Mehrheit des Abgeordnetenhauses;[10] zudem empfand man im liberalen Bürgertum die geplante militärische Zurücksetzung der Landwehr als Diskriminierung des Bürgers in Waffen, der seit den Befreiungskriegen in der Landwehr militärisch organisiert war[11].

Der König sprach sich das Recht zu, kraft seiner Kommandogewalt ohne Mitwirkung des Landtags die Heeresvermehrung durchzuführen;[12] von diesem Recht machte er durch Aufstellung neuer aktiver Regimenter Gebrauch[13]. Die dafür erforderlichen zusätzlichen Geldmittel konnte er jedoch gem. Art. 99 der Verfassung nur durch eine Bewilligung der Kammern erhalten. Er erlangte auch provisorische Mittelbewilligungen für die Reorganisation der Armee,[14] gestaltete die Reorganisation aber definitiv[15]. Im Gegensatz zur Krone vertrat das Abgeordnetenhaus die Ansicht, für die Reorganisation sei ein Gesetz erforderlich.[16] Weil es aber die Krone nicht veranlassen konnte, die Dienstzeit auf 2 Jahre zu verringern,[17] nahm es schließlich im Herbst 1862 den Etat für das laufende Haushalts

---

9) vgl. Huber, VfGeschIII, 283
10) vgl. Huber, ebenda 282, 284
11) ebenda 285
12) ebenda 286
13) ebenda 286/287
14) ebenda 287/291
15) ebenda 287/288, 290 f.
16) ebenda 281
17) ebenda 297

jahr in der durch die Streichung der Militärausgaben verkürzten Form an. Da die Krone nicht gewillt war, die Streichung hinzunehmen, kam ein Etat für 1862 nicht zustande.[18] Daraufhin führte die Regierung in den Jahren 1862 bis 1866 ein budgetloses Regiment.[19]

Der Kern des Streits war die Frage, wer in den umstrittenen Punkten (Größe und Organisation des Heeres, Dienstzeit) die letzte Entscheidung haben solle : der König oder das Parlament. Hätte das Abgeordnetenhaus seine Ansicht durchgesetzt, so wäre statt des monarchischen Prinzips[20] das parlamentarische Prinzip herrschend geworden. Es ging also darum, ob der König oder das Parlament die Macht im Staate haben würde, in der Kategorie des Verfassungsrechts : wer der Träger der Souveränität sein würde.[21]

2. Ausgetragen wurde der Streit jedoch vornehmlich auf der Ebene des Budgetrechts des Parlaments, das in dem oben (S. 73) zitierten Art. 99 der Verfassung durch das Erfordernis eines Budgetgesetzes statuiert war. Weder der Art. 99 noch ein anderer Verfassungsartikel traf aber eine Bestimmung darüber, was zu geschehen habe, wenn ein Etat für das laufende Haushaltsjahr nicht zustande gekommen war. Nachdem dieser Fall im Herbst 1862

---

18) vgl. Huber, VfGesch. III 3o7 f.
19) vgl. Huber, ebenda 332
2o) Das monarchische Prinzip war zum Verfassungsprinzip für die allermeisten (die monarchischen) Landesverfassungen erhoben durch Art. LVII der Wiener Schlußakte vom 15.5.182o : "Da der deutsche Bund, mit Ausnahme der freien Städte, aus souverainen Fürsten besteht, so muß, dem hierdurch gegebenen Grundbegriffe zufolge, die gesammte Staatsgewalt in dem Oberhaupte des Staats vereinigt bleiben, und der Souverain kann durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werden."(zitiert nach Dürig-Rudolf, Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte, München u.Berlin 1967)
Vgl. auch Huber, aaO 343
21) vgl. Huber, aaO 298 f., 333

eingetreten war, verdichtete der Konflikt sich zu der Frage, ob die Regierung beim Scheitern des Budgetgesetzes zum budgetlosen Regiment befugt sei.[22]

Die Regierung bejahte die Frage und begründete das mit der sog. Lückentheorie : Was im Falle des Scheiterns des Budgetgesetzes zu geschehen habe, sei im Verfassungswortlaut offengeblieben. Die damit gegebene Verfassungslücke werde ausgefüllt gemäß dem Grundsatz, daß die Machtbefugnisse der Krone überall in dem Umfang, den sie vor Einführung der konstitutionellen Staatsform hatten, fortdauern, soweit sie nicht durch die Verfassungsurkunde ausdrücklich beschränkt sind. Der König habe also in diesem Fall nach wie vor Erlaß der Verfassung die Befugnis, den Etat ohne Mitwirkung des Landtags festzustellen.[23]

Die oppositionelle Mehrheit des Abgeordnetenhauses vertrat demgegenüber eine "Lückentheorie" mit entgegengesetztem Resultat, die von dem Abgeordneten Lasker mit diesem Gedankengang entwickelt worden war[24]: Aus der in standigen Gesetzen statuierten Pflicht der Bürger zur Steuerzahlung usw. entspringe nicht das Recht der Regierung, die Steuern beizutreiben und entgegenzunehmen. Weil es nicht zu den allgemeinen Befugnissen der Regierung gehöre, aus den Einnahmequellen des Staates zu schöpfen und die Einnahmen als Ausgabemittel zu verwenden, bedürfe sie dafür des Etatsgesetzes als einer besonderen Vollmacht.[25] "Entweder der Etat wird für ein leeres und bedeutungsloses Wirthschaftschema gehalten, oder sämmtliche Staatskassen sind geschlossen, bis die Verwaltung auf Grund des Etatsgesetzes sie öffnen darf."[26] Da ohne die Befugnis zu Ausgaben eine Verwaltung undenkbar sei, könne keine verfassungsmäßige Regierung ein Jahr lang

---

22) vgl. Huber, VfGesch.III 333
23) vgl. Laband, Budgetrecht 80; auch Huber, aaO 333 f.
24) vgl. Huber, aaO 336/337
25) Lasker, VfGesch. 335(346 f.)
26) Lasker, ebenda 344

existieren, ohne ein Etatsgesetz zur Vereinbarung gebracht zu haben.[27] Damit wurde behauptet, das Abgeordnetenhaus könne auf dem Wege der Ausübung seines Budgetbewilligungsrechts das Ministerium stürzen, das Ministerium bedürfe also, wie in den parlamentarischen Systemen Westeuropas, zu seiner Geschäftsführung des Vertrauens des Abgeordnetenhauses;[28] denn nach der Ansicht prominenter Landtagsmitglieder war der Landtag in der Vereinbarung eines Etatsgesetzes mit der Regierung insofern frei, als er Ausgabenvorschläge der Regierung kürzen oder ganz streichen konnte[29].

I. Die Argumente der Opposition im Verfassungskonflikt lassen sich nach den beiden Phasen der Vorlage des Etatsentwurfs im ablaufenden Haushaltsjahr (1) und dem nachfolgenden zugehörigen Haushaltsjahr, diese Phase mit der Alternative, daß ein Etat zustande kommt (2) oder daß er nicht zustande kommt (3), gruppieren. Wenn auch, wie oben dargestellt der Streit der Parteien sich der historischen Situation entsprechend auf den Fall des Nicht-Zustandekommens des Etats (3) konzentrierte, so wurden die Argumente der Opposition doch aus dem rechtlichen Charakter des zustende gekommenen Etats (2) und aus der Stellung des Landtags gegenüber dem Etatsgesetzentwurf (1), aus dem Budgetrecht des Landtags also, hergeleitet.

Dieser Gruppierung der Argumente der Opposition entspricht Labands Schema für die Darstellung der staatsrechtlichen Konsequenzen aus dem Prinzip der "Gesetzmäßigkeit des Etatsgesetzes" .

An jedem der drei Punkte (1,2,3) geht es um eine Hauptfrage, die von der Opposition und von Laband jeweils unterschiedlich beantwortet wird. Am Punkt (1), Vorlage des Etatsgesetzentwurfs, ist das die Frage:

---

27) Lasker, VfGesch. 355(358)
28) vgl. auch Huber, VfGesch.III 336 f.
29) vgl. Laband, Budgetrecht 32 mit N.2o

Darf das Abgeordnetenhaus nach seinem Gutdünken Ausgabenvorschläge der Regierung streichen ?

Am Punkt (2) geht es um die Frage :
Welchen Rechtscharakter hat der Etat ?

Am Punkt (3) schließlich ist die Hauptfrage :
Darf die Regierung Ausgaben leisten, wenn ein Etat für das laufende Haushaltsjahr nicht zustande gekommen ist ?

B. Labands Probleme und das gegenwärtige Gemeinderecht

Für die Frage, ob auch das gegenwärtige Gemeinderecht Anlaß gibt, die drei angeführten Fragen mit Hilfe der von Laband gebrauchten Konstruktion des Etats als nur-formellem Teil des Etatsgesetzes zu beantworten, ist zwischen den durch die Fragen (1) und (3) bezeichneten Problemen einerseits und dem unter (2) angesprochenen Problem andererseits zu trennen.

I. Die unter (1) und (3) angeführten Fragen sind für das Gemeinderecht durch den Gesetzgeber ausdrücklich beantwortet.

1. Zu der unter (1) angeführten Frage des Budgetbewilligungsrechts des Parlaments bestimmt § 87 Abs.2 nwGO :

> Der Rat ist verpflichtet, darauf zu achten, daß der Haushaltsplan
> 1. die Mittel bereitstellt, die erforderlich sind, um die der Gemeinde durch Gesetz übertragenen Aufgaben ausreichend zu erfüllen,
> 2. ...

Entsprechende Bestimmungen sind in den meisten übrigen Gemeindeordnungen enthalten[30]. Lediglich

---

30) s. § 1oo II1 bwGO; Art.91 I2a) bayGO; § 71 I2a brhVf; § 114 IIa) heGO; § 1o8 II Nr.1 ndsGO; § 1oo IIa) shGO

in Rheinland-Pfalz[31] und im Saarland[32] ist nach dem Vorbild der Deutschen Gemeindeordnung[33] bestimmt, daß der Haushaltsplan alle voraussehbaren Ausgaben und Einnahmen zu enthalten habe (diese Vorschrift ist auch in den übrigen Gemeindeordnungen enthalten), aber es fehlen hier Vorschriften, die ausdrücklich von einer Pflicht des Rates zur Ausgabenfestsetzung reden (im Unterschied zu den übrigen Gemeindeordnungen). Aber diese knappere Normierung der Stellung des Gemeinderates bedeutet keine Abweichung in der Sache, weil zu den voraussehbaren Ausgaben eben auch und vor allem die Ausgaben gehören, die zur ausreichenden Erfüllung der Aufgaben, die der Gemeinde durch Gesetz übertragen sind, benötigt werden.

Aus allen diesen Gesetzesvorschriften ist zu entnehmen, daß der Gemeinderat nicht nach seinem Gutdünken Ausgabenvorschläge des Gemeindevorstandes streichen darf. Damit die Gemeindeverwaltung zu allen Zeiten in geordnetem Gang erhalten werde, ist also das Budgetrecht des Gemeinderates durch Gesetz beschränkt. Eine Gesetzeslücke wie in der preußischen Verfassung von 1850 besteht im Gemeinderecht demnach nicht, und deswegen bedarf es zur Aufstellung von Schranken des Budgetrechts des Gemeinderats nicht des von Laband gebrauchten Verfahrens der Deduktion[34] aus dem Prinzip der "Gesetzmäßigkeit des Etats", das er aus der Rechtsnatur des Etatsgesetzes als eines Verwaltungsgeschäftes gewonnen hatte.

2. Ebensowenig besteht eine Lücke im gegenwärtigen Gemeinderecht hinsichtlich des unter (3) angesprochenen Problems der Übergangswirtschaft, also für den Fall, daß ein Haushaltsplan zu Beginn des Rechnungsjahres noch nicht festgesetzt ist. Nach dem Vorbild des Art. 64 der preußischen Verfassung von 1920[34a] und der Deutschen Gemeindeordnung (§87)

31) § 98 I 1 rhpfGO
32) § 102 II 1 saGO
33) § 85 I 1 DGO
34) Zu diesem Verfahren s. Laband, Budgetrecht 76 .

enthalten die gegenwärtigen Gemeindeordnungen Vorschriften über die Befugnis der Gemeinde zur Übergangswirtschaft[35], die bestimmt und geeignet sind, die Verwaltung der Gemeinde auch in der haushaltslosen Zeit in geordnetem Gang zu erhalten. Es bedarf also auch zur Begründung dieser Befugnis der Gemeinde und des Gemeindevorstands keiner Deduktion aus dem Prinzip der "Gesetzmäßigkeit des Etats".

II. Über die Antwort Labands auf die unter (2)[36] angeführte Frage nach dem Rechtscharakter des Etats (Gemeindehaushaltsplans) ist noch nichts Abschließendes mit der soeben gemachten Feststellung gesagt, daß es der Konstruktion des Etats als nur-formellen Teiles eines Gesetzes im formellen Sinne nicht bedarf, damit die Rechtsfolgen der Begrenzung des Budgetbewilligungsrechts des (Gemeinde-)Parlaments und der Zulässigkeit einer Übergangswirtschaft gewonnen werden. Denn mit dieser Feststellung ist zwar gesagt, daß diese Rechtsfolgen vom Gesetzgeber und nicht vom "Begriff des Budgets"[37] produziert werden. Hiermit ist aber noch nicht gesagt, daß der Labandsche "Begriff des Budgets" zur Erklärung dieser Rechtsfolgen nicht angemessen sei: Durch diesen Begriff könnte in zutreffender Weise die Stelle angegeben sein, die der (Gemeinde-)Haushaltsplan im Rechtssystem einnimmt. Ob das der Fall ist, soll im folgenden (§ 5) untersucht werden.

---

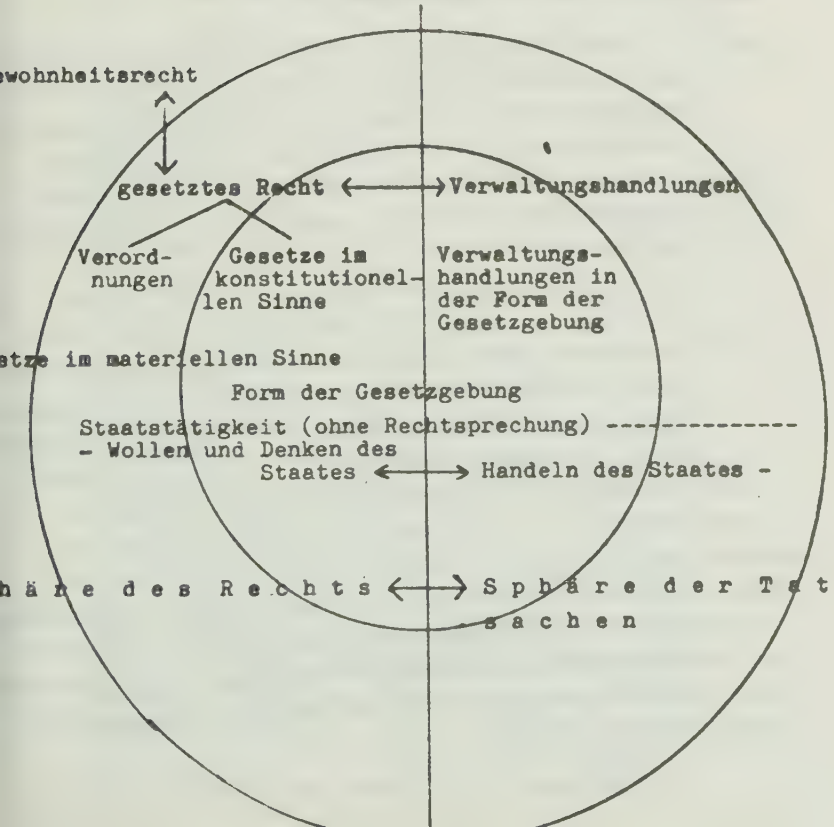
35) § 1o2 bwGO; Art.94 bayGO; § 73 brhVf; § 118 he
§ 111 ndsGO; § 89 nwGO; § 1oo rhpfGO; § 1o4 sa
§ 1o2 shGO

36) s.oben S.88,87

37) Ausdruck von Laband, Budgetrecht 76

§ 5 Kritik der Labandschen Konstruktion des Haushaltsgesetzes als nur-formellen Gesetzes

I. Ansatzpunkt für die Kritik ist Labands Behauptung, in den Gesetzgebungsverfahren der damaligen preußischen Verfassung und der anderen deutschen Verfassungen werde nicht nur Recht produziert, sondern in diesen Verfahren würden auch Verwaltungshandlungen vorgenommen. Unter Berücksichtigung dieser Behauptung und der oben (S.8o f.) referierter Ausführungen über Gesetzgebung und Verwaltung im "Staatsrecht des Deutschen Reiches" läßt sich Labands Vorstellung von der Staatstätigkeit - von der hier nicht interessierenden Rechtsprechung abgesehen - zu besserer Anschaulichkeit bringen durch die folgende graphische Darstellung.



An diesem graphischen Schema fallen drei Gegensatzpaare auf, die durch den senkrechten Strich zerteilt sind, der die Grenze zwischen der Sphäre des Rechts und der Sphäre der Tatsachen markiert. Von diesen Gegensatzpaaren werden zunächst die Paare "gesetztes Recht ⟷ Verwaltungshandlungen" und "Sphäre des Rechts ⟷ Sphäre der Tatsachen", die in einem Zusammenhang zu stehe scheinen, (II.) sodann die Charakterisierung des Etats als Rechnung, welche Tatsachen enthält (III.) untersucht. Danach wird die Qualifizierung der Etatsfeststellung als Verwaltungsakt oder Verwaltungsgeschäft mit Hilfe des Gegensatzpaares "Bedürfnis des Rechts ⟷ Bedürfnis der Wirtschaf (IV.) und schließlich die Unterscheidung von Gesetzgebung und Verwaltung nach dem Gegensatzpaar "Wollen und Denken des Staates ⟷ Handeln des Staates" erörtert (V.).

II. 1. Daß die Entgegensetzung von "gesetztem Recht" und "Verwaltungshandlungen" falsch ist, soll an dem Beispiel gezeigt werden, das Laband selber bringt: die Erklärung eines Krieges sei kein Gesetz (im materiellen Sinne), selbst wenn sie als solches bezeichnet sein sollte, sondern eine Handlung der Verwaltung[1].

Mit dem Satz "Die Erklärung eines Krieges ist kein Gesetz" verneint Laband den Charakter eines Kriegserklärungs-Gesetzes als Gesetzes im materiellen Sinne nicht deswegen, weil ein Gesetz keine Handlung sei, sondern deswegen, weil dieses Gesetz eine Verwaltungshandlung sei. Die darin liegende Behauptung, ein Gesetz sei eine Handlung, ist unwahr. Sie beruht auf einer Verwechselung des Ergebnisses der "Handlung des Gesetzgebens" mit der "Handlung des Gesetzgebens" selbst. Diese Handlung ist ein Komplex von Handlungen natürlicher Personen (Abstimmungen, Verkündung usw.), die sinnlich wahrnehmbar sind (und dem Staat zugerechnet

1) s.oben S.75

werden). Das Gesetz als Ergebnis oder Produkt der "Handlung des Gesetzgebens" hingegen ist (idR) ein Komplex von Sätzen, die Teil des objektiven Rechts sind. Diese Sätze selbst sind nicht sinnlich wahrnehmbar, wie eine Handlung das ist; das zeigt sich zB daran, daß "das Gesetz" fortgälte, auch wenn die Ausfertigung des Gesetzes in der Gesetzesurkunde und sämtliche Exemplare des Gesetzblatts untergegangen wären. Sinnlich wahrnehmbar freilich ist die schriftliche Fassung der Sätze des Gesetzes in der Gesetzesurkunde und jede ihrer beliebig vielen Wiedergaben durch Druck, Schrift, Verlesen des Gedruckten usw. Die Verwechselung des Gesetzes mit der "Handlung des Gesetzgebens" entspricht - um eine Parallele zu sinnlich wahrnehmbaren Handlungsergebnissen zu ziehen - der Verwechselung des Kuchens mit dem Kuchenbacken.

2. Laband scheint diese falsche Entgegensetzung von "gesetztem Recht" und "Verwaltungshandlungen" um der Konkordanz willen mit dem Gegensatzpaar "Sphäre des Rechts ⟷ Sphäre der Tatsachen" vorgenommen zu haben: das gesetzte Recht gehört zur "Sphäre des Rechts", und Verwaltungshandlungen sind Tatsachen, gehören also zur "Sphäre der Tatsachen". Stellt man diese falsche Entgegensetzung richtig, so ergibt sich das Folgende.

Dem gesetzten Recht entsprechen auf dem "Gebiet der Verwaltung" die "Verwaltungsnormen" - u.a. Verwaltungsakte, Organisationsakte -, d.h. die Befehlssätze, Erlaubnissätze usw., die zB mit dem Verwaltungsakt gesetzt werden und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren Gegenstand des Aufhebungsurteils sind (vgl. § 113 I 1 VwGO). Sie sind ebensowenig oder ebensosehr Tatsachen wie die Rechtssätze eines Gesetzes. Versteht man nämlich als Tatsache das, von dessen objektivem oder realem Bestand man überzeugt ist,[2] so kommen als Kriterien, nach welchen der Rechtssatz von der Tatsache unterschieden

---

2) so Eisler, PhilosHdWb 655 ("Tatsache")

und ihr als Nicht-Tatsache entgegengesetzt werden kann, in Betracht : Realität ⟷ Idealität,[3] Wirklichkeit ⟷ Unwirklichkeit, Materie ⟷ Geist,[4] sinnlich wahrnehmbar ⟷ sinnlich nicht wahrnehmbar. Welchem der beiden Begriffe jedes Gegensatzpaares man den Rechtssatz auch subsumiert, stets unterfällt auch die "Verwaltungsnorm" demselben Begriff. "Verwaltungsnormen" wie Rechtssätze gehören nämlich zu den Bereichen des Denkens und der Sprache und sind, wie alle Gegenstände dieser Bereiche, beide zugleich entweder real[5] oder bloß ideal — je nach der Definition von Realität und Idealität. Desgleichen sind sie beide zugleich entweder wirklich oder unwirklich. Sie sind beide sinnlich nicht wahrnehmbar und dem Bereich des "Geistes", nicht dem der "Materie" zuzuordnen. Kriterien, nach welchen die "Verwaltungsnorm" Tatsache, der Rechtssatz zugleich aber Nicht-Tatsache ist, sind nicht ersichtlich.

Den Verwaltungshandlungen entsprechen auf dem "Gebiet der Gesetzgebung" die Gesetzgebungshandlungen — will man das Vorlegen des Entwurfs, die Beratung und die Abstimmungen als Handlungen in diesem Sinne nicht gelten lassen[6], so ist doch die Verkündung des Gesetzes eine Handlung in diesem Sinne[7]. Die Gesetzgebungshandlungen sind sinnlich wahrnehmbare Gegenstände und sind ebenso Tatsachen wie die Verwaltungshandlungen.

Die Grenzen zwischen dem Recht und den "Verwaltungsnormen" sowie zwischen den Gesetzgebungshandlungen und den Verwaltungshandlungen werden also nicht durch die Grenze zwischen der "Sphäre des Rechts" und der "Sphäre der Tatsachen" markier

---

3) vgl. Eisler, PhilosHdWb 531 ("Realität")
4) vgl. Eisler, ebenda 231 ("Geist")
5) insofern sie unabhängig von unserer Vorstellung existieren, vgl. Wolff, Staatsperson 46
6) so Haenel, Studien II 188
7) vgl. Haenel, ebenda 188

Mit der Erörterung des falsch gebildeten Gegensatzpaares "gesetztes Recht ⟷ Verwaltungshandlungen" ist auch schon zu der Behauptung Labands, der Etat, als Rechnung, enthalte Tatsachen (nicht Rechtsregeln)[8], ablehnend Stellung genommen.

1. Als die den Inhalt des Etats bildenden Tatsachen scheinen "die vorherzusehenden Einnahmen und Ausgaben" gemeint zu sein, Vorgänge also, gegen deren Bezeichnung als Tatsachen nichts zu erinnern ist. Die Verbindung zwischen der "Rechnung" (dem Etat) und diesen Tatsachen besteht nach Labands Meinung darin, daß die "Rechnung" durch kurze, mit Zahlen versehene Angaben die vorherzusehenden Einnahmen und Ausgaben referiert. Die "Rechnung" besteht also für Laband im wesentlichen aus "Angaben" oder "Berichten" über die Einnahmen und Ausgaben. "Berichte" — das sind Sätze im Berichtsstil, mag es sich auch um elliptische Sätze handeln, die als durch verbindende Wörter vervollständigt zu denken sind. Inhalt des Etats sind dann nicht die erwarteten Ausgaben und Einnahmen (sondern die Berichte über sie) — wie auch sollten diese realen Zahlungsvorgänge "in den Etat hineinkommen" und damit Inhalt des Etats werden?

Die nach Labands Meinung im Etat enthaltenen berichtenden Sätze lassen sich ebensowenig wie die oben behandelten "Verwaltungsnormen" als Tatsachen den Rechtssätzen entgegensetzen: Diese Sätze drücken Gedanken aus und gehören ebenfalls zu den Bereichen des Denkens und der Sprache. Auch sie sind, je nach der Definiton von "Tatsache", jeweils zugleich mit dem Rechtssatz entweder Nicht-Tatsache oder aber Tatsache.

Durch die Charakterisierung als "Rechnung" kann der Etat also nicht in der Weise aus der "Sphäre des Rechts" ausgegrenzt werden, daß er der "Sphäre der Tatsachen" zugeordnet würde.

---

8) s.oben S.76. An der Qualifizierung als "Rechnung" hielt Laband auch später fest, s. StR IV 523.

2. Wie die Charakterisierung des Etats als "Rechnung" nicht zu seiner Ausgrenzung aus der "Sphäre des Rechts" geeignet ist, so ist sie auf der anderen Seite nicht geeignet, den Rechtscharakter des Etats anzugeben;[9] das ist angesichts der Tendenz dieser Charakterisierung, den Etat als einen nicht-rechtlichen Gegenstand zu erweisen, nicht verwunderlich.

Ob man eine Zusammenstellung von zu erwartenden Einnahmen und Ausgaben eine "Rechnung" nennen sollte oder ob dieses Wort herkömmlicherweise auf die Benennung des Begriffs "Zusammenstellung von bewirkten Einnahmen und Ausgaben" beschränkt ist, mag dahinstehen, da es sich um eine Frage der Terminologie handelt, über die zu streiten wenig fruchtbar ist. Was mit "Rechnung" in diesem Zusammenhang gemeint ist, ist klar : der Voranschlag der zu erwartenden Einnahmen und Ausgaben. Voranschlag ist auch der Gemeindehaushaltsplan, wie aus der Definition des

- § 48 Nr.1 nwGemHVO[10]-

Haushaltsplan
die nach den Vorschriften der Gemeindeordnung und dieser Verordnung festgestellte, für die Wirtschaftsführung der Gemeinde maßgebende Zusammenstellung der für ein Rechnungsjahr veranschlagten Einnahmen und Ausgaben,

zu entnehmen ist.

Angesichts dieser Definition wird aber offenbar, daß mit dem Begriff "Rechnung = Voranschlag der zu erwartenden Einnahmen und Ausgaben" zwei für die

9) Der Widerspruch zwischen der Charakterisierung des Etats als "Rechnung" und der Aussage, der Etat enthalte Normen für die Verwaltung (Laband Budgetrecht 11 - vgl. dazu Haenel, Studien II 311-314) bleibt bei dieser Erörterung außer Betracht : hier interessiert die Behauptung, daß der Etat keine Normen enthalte.

10) entsprechende Definitionen in § 48 Nr.1 GemHVO 1937 und § 48 Nr.18 heGemHVO

juristische Betrachtung wesentliche Merkmale des (Staats- und Gemeinde-)Haushaltsplans nicht erfaßt werden, nämlich das Merkmal "nach den Vorschriften der Gemeindeordnung ... festgestellte (Zusammenstellung)" und das Merkmal "für die Wirtschaftsführung der Gemeinde maßgebende (Zusammenstellung)"[11]. Während unter den Labandschen Begriff der "Rechnung" auch der von der Regierung (dem Gemeindevorstand) vorgelegte Etatsentwurf fällt, wird durch die Verwendung des ersten der beiden Merkmale bei der Definition des § 48 Nr.1 nwGemHVO der zustande gekommene Haushaltsplan vom Entwurf des Gemeindevorstands abgegrenzt. Diese Abgrenzung ist wegen der verschiedenen Rechtswirkungen einerseits des Planentwurfs, anderseits des festgesetzten Planes wichtig; es handelt sich insbesondere um die Maßgeblichkeit für die Wirtschaftsführung, die nur dem festgesetzten Haushaltsplan, nicht dem Entwurf beigelegt ist. Damit ist schon das zweite Merkmal angesprochen, das Laband bei der Definition des "Etats" nicht verwendet und auch im Lauf der Untersuchung über das Budgetrecht vernachlässigt, wenngleich er beiläufig seine Existenz mit dem einen Satz anerkannt hat, daß der Etat Normen für die Verwaltung enthalte, könne wohl nicht mit Grund bestritten werden[12].

Der Etat korrespondiert also nicht - entgegen Labands Meinung - vollständig mit der nach Ablauf des Verwaltungsjahres alljährlich über die wirklichen Einnahmen und Ausgaben zu legenden Rechnung. Von solcher vollständigen Korrespondenz kann jedenfalls dann keine Rede sein, wenn man nicht nur auf das Gliederungsschema für die Einnahme- und Ausgabepositionen, sondern auch auf den Inhalt abhebt, wie auch Laband das tut, indem er Tatsachen als Inhalt der "Rechnung" angibt. Die gleichmäßige Verwendung

---

11) Entsprechendes gilt für den Staatshaushaltsplan, vgl. §§ 1, 25 RHO .

12) s.oben S. 75

des Wortes "Rechnung" für die Jahresrechnung und für den Etat ist mithin nicht geeignet, den Charakter des Etats zu erhellen, verdunkelt vielmehr den Sachverhalt, daß Rechnungsposten und Etatsansätze verschiedenen Sinn haben : dort Bericht über Zahlungsvorgänge, hier Anordnung und Erlaubnis, daß Zahlungsvorgänge statthaben.

IV. Mit der Entgegensetzung von Rechtssätzen und Tatsachen scheint das Gegensatzpaar "Bedürfnis des Rechts ⟷ Bedürfnis der Wirtschaft" zu korrespondieren, mit dessen Hilfe Laband die Etatsfeststellung der Verwaltung zuordnet. Weil aber mangels besonderer Ausführungen des Autors zu solcher Korrespondenz nichts Gewisses darüber gesagt werden kann, soll das Gegensatzpaar ohne Berücksichtigung jener Entgegensetzung betrachtet werden.

Die Ausdrücke "Bedürfnis des Rechts", "Bedürfnis der Wirtschaft" sind unanschaulich; sie entbehren der Anschaulichkeit, die etwa der Satz "Der Mensch bedarf des Essens" hat. Der Sinn dieser Ausdrücke ist (deswegen ?) dubios : Sollen diese Ausdrücke den Sinn haben "Das Recht (die Wirtschaft) bedarf" oder "Der Mensch (die Gesellschaft oder wer oder was sonst) bedarf 'auf dem Gebiet des Rechts (der Wirtschaft)'" ? oder haben sie einen anderen Sinn ? Die Auflösung des Ausdrücks "Bedürfnis des Rechts" in den Satz "das Recht bedarf" dürfte zu der nächstliegenden Deutung führen, da sie der Deutung entspricht, die das nicht im übertragenen Sinn gebrauchte Wort "Bedürfnis" erfährt bei der Ersetzung des Ausdrücks "es ist das Bedürfnis des Menschen ..." durch den gleichbedeutenden Ausdruck "der Mensch bedarf". Geht man von dieser Sinndeutung aus, so läßt sich Labands Meinung mit dem Satz "Vorgänge, deren das Recht bedarf, gehören zur Gesetzgebung, nicht zur Verwaltung" wiedergeben. Dieser Satz könnte dann etwa so exemplifiziert werden : "Das Recht bedarf des Erlasses von Vorschriften

über den Kauf; deswegen gehört der Erlaß dieser Vorschriften zur Gesetzgebung" (das hier als Beispiel genommene Kaufrecht gehört auch nach Labands Ansicht zur"Sphäre des Rechts"). Es ist nicht ersichtlich, in welchem Sinne die in diesem Beispielssatz aufgestellte Behauptung zutreffen sollte.

Zunächst soll für "das Recht" gesetzt werden "eine Rechtsordnung", damit der Sinn dieses nicht eindeutigen Ausdrucks in einer Richtung festgelegt werde. Nimmt man eine Rechtsordnung ohne Kaufrecht an, so ist kein Bedürfnis der dann vorhandenen Teile des Rechts - zB Strafrecht, Familienrecht, Erbrecht, Tauschrecht - zu erkennen, einen Teil "Kaufrecht" an die Seite gesetzt zu bekommen. Ein Bedürfnis nach Erlaß von Vorschriften über den Kauf hat nicht "das Recht", sondern "die Wirtschaft", "der Verkehr","die Rechtsprechung" — ohne Hypostasierung gesagt : Käufer und Verkäufer (insbes. Händler) und Richter bedürfen des Erlasses von Rechtssätzen über den Kauf, damit sie Klarheit über die rechtliche Beurteilung der eigenen oder der fremden Beziehungen gewinnen, die durch den Austausch von Ware gegen Geld entstehen.

Versteht man aber unter dem Ausdruck "das Recht" das Recht schlechthin, d.h. benennt man mit diesem Ausdruck den Begriff, der durch die aller Rechtsordnungen gemeinsamen Merkmale definiert ist, so ergibt sich nichts anderes. Denn der mit diesem Begriff gemeinte Gegenstand bedarf zu seiner Existenz - wofern man ihm eine von der menschlichen Vorstellung unabhängige Existenz zuerkennen will - zwar irgendwelcher Rechtssätze. Es müssen dies aber nicht die als Beispiel genommenen Rechtssätze des Kaufrechts sein : alle Rechtspätze jedes Rechtsgebiets haben per definitionem die Merkmale des Rechtsbegriffs, so daß nicht ersichtlich ist, wie und wozu der mit diesem Rechtsbegriff gemeinte Gegenstand des Erlasses eines speziellen Rechtssatzes (bztl. von Rechtssätzen besonderer Art) bedürfen sollte.

Setzt man aber den Fall, daß es überhaupt keine Rechtssätze gibt, daß also ein großes Bedürfnis nach dem Erlaß von Rechtssätzen besteht, dann ist jedenfalls nicht das Recht (dessen Existenz man sich vorstellt) ein wirklich vorhandener Gegenstand, der irgendeines Dings bedürfen könnte : will man dem Autor nicht einen gänzlich verdrehten Sprachgebrauch unterstellen, so wird man annehmen, daß auch er das Wort "bedürfen" in einem bejahenden Behauptungssatz nicht anders denn als Prädikat zu einem solchen Subjekt verwendet, welches für einen existenten Gegenstand steht.

Die Entgegensetzung "Bedürfnis des Rechts ⟵ Bedürfnis der Wirtschaft" ergibt demnach kein Kriterium, mit dessen Hilfe Gesetzgebung und Verwaltung voneinander unterschieden werden könnten und die Etatsfeststellung der Verwaltung zugeordnet werden könnte.

V. 1. Entgegen Labands Ansicht lassen Gesetzgebung und Verwaltung sich auch nicht nach dem Gegensatzpaar "Wollen und Denken des Staates ⟷ Handeln des Staates" unterscheiden.

Zunächst hat die zum Ausgangspunkt genommene Behauptung des Autors, Gesetze und Gerichtsentscheidungen hätten ein gemeinsames Kriterium : sie enthielten Urteile im Sinne der Logik, insofern eine Korrektur zu erleiden, als mit ihr anscheinend gesagt sein soll, Verwaltungsakte hätten das den Gesetzen und Entscheidungen gemeinsame Kriterium nicht. Diese Behauptung trifft nicht zu. Hinsichtlich der Art ihres Inhalts sind die Verwaltungsakte ein Analogon zu den Gerichtsurteilen : Sie bestehen aus einem (oft verkürzten) Rubrum (dieses enthält ein Urteil i.S. der Logik) und vielfach aus einer Begründung samt Tatbestand (auch diese enthalten Urteile i.S. der Logik); vor allem aber bestehen sie aus dem sog. Verfügungssatz, der oft wie beim Gerichtsurteil, die Form eines behaupteten Satzes hat, dessen Sinn aber stets ein Gebot, ein

Verbot, eine Erlaubnis usw., eine Norm[12a] also, ist (Moment der "Regelung").

b) Nach dieser Korrektur der von Laband zum Ausgangspunkt genommenen Behauptung kann die Unterscheidung der Gesetzgebung und Rechtspflege auf der einen von der Verwaltung auf der anderen Seite nach dem Gegensatzpaar "Denken und Wollen des Staates ⟷ Handeln des Staates" nicht aufrechterhalten werden[13]. Auch das Finanzamt zB, das eine Steuerforderung einzieht, handelt nicht nur in Vollziehung des Steuergesetzes durch Beitreiben der Steuerschuld im Wege der Vollstreckung, sondern es "denkt und will" auch zuvor in Vollziehung des Gesetzes : zwischen die Normierung der Steuerschuld im Gesetz und die Vollstreckungshandlung ist der Steuerbescheid gesetzt, der nicht weniger Produkt des staatlichen "Denkens und Wollens" ist[14] als das Steuergesetz. Andererseits beschränkt sich der Gesetzgeber nicht - wie oben unter III. schon erwähnt - auf das "Denken und Wollen", er handelt vielmehr auch durch Beratung eines Gesetzentwurfs, Abstimmungen, Verkündung usw.

2. Abgesehen von der soeben erörterten Unmöglichkeit, Gesetzgebung und Verwaltung nach dem Gegensatzpaar "Wollen und Denken des Staates ⟷ Handeln des Staates" zu unterscheiden, ist der Umfang des "staatlichen Handelns" zu weit angegeben. Laband ermöglicht sich diese Überdehnung des Bereichs "staatlichen Handelns" durch eine Begriffsvertauschung, zu der die Doppeldeutigkeit des Verbums "bauen" ihn in den Stand setzt.

Wenn man mit Laband zB ein Gesetz, das die Aufnahme einer Anleihe befiehlt, deswegen als Verwaltungsakt im materiellen Sinne ansieht, weil es der Anfang eines Komplexes von Handlungen ist, durch die ein bestimmter Erfolg erreicht werden soll, so hebt man für die Hauptmasse der staatlichen Tätig-

12a) im Sinne Kelsens, RRL 4 ff.
13) vgl. auch Haenel, Studien II 188; Böckenförde, Gesetz 238/239
14) vgl. Haenel, Studien II 188

keiten den Unterschied zwischen Gesetzgebung und Verwaltung auf. Denn - einmal unterstellt, daß das Gesetz selbst, nicht seine Verabschiedung, eine Handlung ist - so ist jedes Gesetz, das der Ausführung durch Staatsorgane bedarf, solch eine Initiativhandlung, die am Anfang der Reihe von staatlichen Handlungen steht, durch welche ein bestimmter Erfolg erreicht werden soll.[15] Es erscheint aber als ein unannehmbares Ergebnis des Labandschen Begründungsversuchs für die Ausdehnung des Bereichs der Verwaltung, wenn man die allermeisten öffentlich-rechtlichen Gesetze deswegen als Verwaltungsakte ansehen müßte, weil sie einen Komplex von staatlichen Handlungen initiieren.

Laband benutzt bei seinem Versuch einer Begründung für die Überdehnung des Bereichs der Verwaltung das Mittel der Begriffsvertauschung. Mit den Wörtern "Handeln" und "Handlung" bezeichnet er zunächst ein menschliches oder staatliches Verhalten, das im Gegensatz zum menschlichen oder staatlichen Wollen und Denken stehe, welch letztere durch das gemeinsame Kriterium des Urteils i.S. der Logik charakterisiert seien. Sodann aber bezeichnet er mit dem Wort "Handlung" das Ergebnis eines Verhaltens (sc. ein "Verwaltungsgesetz"[16]), welches - legt man die Labandsche Charakterisierung des Rechtssatzinhalts zu Grunde - ebenfalls durch das Kriterium des Urteils i.S. der Logik charakterisiert ist. Durch die mit dieser Verwendung des Wortes "Handlung" gegebene zweite Definition von "Verwaltung" widerspricht Laband seiner ersten Definition von "Verwaltung" oder widerruft sie; die Tatsache des Widerspruchs oder Widerrufs wird lediglich verschleiert durch den Gebrauch desselben Wortes "Handlung" und durch die in den Abschnittsüberschriften[17] liegende Erklärung des Autors, daß er beide Male

---

15) vgl. Haenel, Studien II 191
16) Diesen Ausdruck gebraucht Laband zB StR II 18o.
17) s. Laband, StR II 172, 176

den objektiven Begriff der Verwaltung abhandle. Statt einer Definition des objektiven Begriffs der Verwaltung gibt er zwei Definitionen, die zudem - wie oben gezeigt - falsch sind, Durch dieses Verfahren wird kein richtiger Begriff von "Verwaltung" gebildet, dem die Aufstellung des Haushaltsplans zu subsumieren wäre.

Zu dieser Begriffsvertauschung wird Laband durch die Doppeldeutigkeit des von ihm als Beispiel gebrachten Verbs "bauen"("Ich baue mir ein Haus") in den Stand gesetzt. Die eine Bedeutung des Verbs ist : ein Haus mit eigner Hand durch Mauern, Zimmern usw. errichten. Die andere Bedeutung ist : durch den Abschluß eines Vertrages ein Haus von einem Unternehmer errichten lassen . Aus dieser Doppeldeutigkeit ergeben sich für den Gebrauch des deutschen Wortes "bauen" Konsequenzen, aber daraus ergeben sich keine Konsequenzen für die mit dem Wort bezeichnete Sache, die mit den Ausdrücken "bauen(i.e.S.)" und "bauen lassen" genauer bezeichneten zwei Begriffe. (Dabei soll nicht verkannt werden, daß die Doppeldeutigkeit des Wortes leicht zur Verwirrung und Vertauschung der Begriffe führen kann.) Noch viel weniger ergeben sich aus dem (vielleicht durch Nachlässigkeit entstandenen) Sprachgebrauch Konsequenzen für den Begriff "verwalten", der nur durch ein Bild mit dem Begriff "bauen(i.e.S.)" in Beziehung gebracht worden war. Durch den Gebrauch des Bildes wird freilich auf die Möglichkeit hingewiesen, die Redewendungen, die in Bezug auf den Menschen gebraucht werden, auf den Staat zu übertragen. Ob diese Möglichkeit wahrgenommen werden dürfe, ob die zu übertragenden Redewendungen dem bildhaft zu beschreibenden Gegenstand angemessen seien, das kann erst nach einer Untersuchung des Gegenstandes unter Abstrahierung von dessen bildhafter Beschreibung gesagt werden. Die Untersuchung von "Verwaltung" aber hatte ergeben, daß diesem Begriff nicht auch der Erlaß von "Verwaltungsgesetzen" unterfällt.

3. Abschnitt Die Charakterisierung des Haushaltsplanes als Nicht-Recht auf Grund der Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff

Abgesehen von der speziell auf das Etatsgesetz abgestellten Konstruktion dieses Gesetzes als nurformellen Gesetzes, hat Laband die Unterscheidung von formellem und materiellem Gesetz, die den Grund für die Eliminierung des Haushaltsplans aus dem Recht abgibt, mit allgemeiner Argumentation begründet. In dieser Aufstellung eines "doppelten Gesetzesbegriffs" sind ihm viele Autoren gefolgt, sei es mit gleicher oder ähnlicher Argumentation, sei es mit abweichender Argumentation. Außer der Argumentation mit dem Phänomen des "unverbindlichen Gesetzesinhalts", auf die sogleich im folgenden Paragraphen (§ 6) eingegangen wird, sollen die drei Haupt-Versionen der Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff an Hand von Äußerungen ihrer hervorragenden Vertreter erörtert werden : die Argumentation Labands und Georg Jellineks, die mit dem Stichwort "Recht als soziale Schrankenziehung" gekennzeichnet werden kann,(dazu § 7) die Begründung, die man mit dem Stichwort "Rechtssatz als Eingriff in Freiheit und Eigentum" kennzeichnen kann, (dazu § 8) und die Darlegung, der Rechtssatz sei eine allgemeine rechtliche Anordnung (dazu § 9). Danach sollen zwei Ansichten erörtert werden, die allen diesen Haupt-Versionen der Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff zu Grunde liegen(in § 1o).

§ 6 Begründung der Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff mit der Existenz oder der Möglichkeit "unverbindlichen Gesetzesinhalts"

Die Einführung des Begriffs eines "Gesetzes im formellen Sinne" ist u.a. damit begründet worden, daß Gesetze existierten oder möglich seien, die nur "unverbindlichen Inhalt"[1] hätten, und auch damit, daß es Gesetze gebe, die neben Rechtssätzen nicht verbindliche Sätze enthielten. Diese letztere Begründung bedarf hier schon deswegen der Erörterung, weil auch der Haushaltsplan neben verbindlichen Sätzen nicht verbindliche Sätze umfaßt, nämlich "Einteilungen" und "erläuternde Ausführungen"[2] um zwei Ausdrücke Labands zu gebrauchen[3]. Aber auch die Begründung mit der Existenz oder der Möglichkeit von Gesetzen, die nur"unverbindlichen Inhalt" haben, bedarf hier der Erörterung. Denn zwar sind die Einnahme- und Ausgabeansätze und die meisten Vermerke des Haushaltsplans nicht "unverbindlicher Gesetzesinhalt" von der dort gemeinten Art : auch soweit sie "nur" Erlaubnisse ausdrücken, stellen sie für die Beteiligten verbindlich fest, was die Gemeindeverwaltung darf und, in Korrelation dazu, was sie nicht darf. Aber die Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff, auch insofern sie "unverbindlichen Gesetzesinhalt" zur Begründung heranzieht, zielt auf die Aufstellung eines Begriffs des "Gesetzes im formellen Sinne", der sowohl auf Gesetze mit unverbindlichem Inhalt als auch auf Gesetze mit verbindlichem Inhalt anwendbar ist.

Im folgenden wird zunächst die Begründung mit der Existenz von Gesetzen, die neben verbind-

---

1) Die Kennzeichnung dieser besonderen Begründung der Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff mit dem Ausdruck "unverbindlicher Gesetzesinhalt" geht auf den Titel der Abhandlung Eiseles im AcP 69 (1886), 275 ff., zurück, vgl. Heller, VVDStRL 4, 98 (113).

2) insbesondere Erläuterungen, s.oben S.26 f.

3) s. Laband, StR II 63

lichem Inhalt auch unverbindlichen Inhalt haben, (A.) danach die Begründung mit der Existenz oder der Möglichkeit von Gesetzen, die nur unverbindlichen Inhalt haben, (B.) dargestellt und erörtert.

A. Gesetze mit unverbindlichem neben verbindlichem Inhalt

I. Als Beispiel unverbindlichen Gesetzesinhalts neben Rechtssätzen als verbindlichem Inhalt eines Gesetzes hat Laband den Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, I.Theil 1.Capitul § 1,[4] herangezogen[5], der lautet :

> Die Rechts-Gelehrsamkeit oder Jurisprudenz bestehet nicht nur in gründlicher Känntnus deren Rechten, sondern auch in richtiger Anwendung derselben auf die vorkommende Fälle.

Dieses Beispiel erscheint insofern gut gewählt, als man in der Auslassung über die Jurisprudenz einen verbindlichen Satz nicht zu erkennen vermag : es handelt sich um eine Beschreibung, die - soviel zu sehen ist - auch nicht dadurch verbindlich wird, daß durch einen Rechtssatz in den übrigen Teilen des Codex an sie angeknüpft würde; dieses beispiel demonstriert also gut, daß es unverbindlichen Gesetzesinhalt gibt.

Abgesehen von der Zitierung dieses Beispiels, macht Laband auch allgemeinere Ausführungen zum "unverbindlichen Gesetzesinhalt". Seine Argumentation zum Begriff des Gesetzes im formellen Sinne, soweit sie sich auf den "unverbindlichen Gesetzesinhalt" bezieht, hat den folgenden Gang : Gesetz im formellen Sinne ist ein Willensakt des Staates, der unter Beobachtung der für die Gesetzgebung vorgeschriebenen Formen zustande gekommen ist.[6] Inhalt des staatlichen Willens kann die Anordnung von

---

4) zitiert nach der Ausgabe : München, gedruckt von Johann Jacob Vötter 1756
5) Laband, AöR 1, 172(182)
6) Laband, StR II 62

Rechtsregeln sein.[7] Ein Gesetz kann aber neben wirklichen Rechtssätzen auch politische Thesen, Lehrsätze, Konstatierungen von Ansichten, Einteilungen und erläuternde Ausführungen usw. enthalten. "Es gibt keinen Gedanken, welcher nicht zum Inhalte eines Gesetzes gemacht werden könnte."[8]

Fraglich ist, ob diese Argumentation zutrifft. Auf das Begriffsmerkmal bezogen, stellt sich die Frage, ob mit Rücksicht auf die Existenz "unverbindlichen Gesetzesinhalts" neben verbindlichem Gesetzesinhalt in einem und demselben Gesetz der Gesetzesbegriff ohne ein inhaltliches Merkmal - "(Willenserklärung,) die einen Rechtssatz umfaßt" - zu bilden sei.

I. 1. Vor einer näheren Betrachtung des Begriffs "Gesetz im formellen Sinne" unter dem Gesichtspunkt des unverbindlichen Gesetzesinhalts, gilt es festzustellen, welcher Art Labands Definition dieses Begriffs ist : eine Nominaldefinition oder eine Realdefinition. Handelte es sich um eine Nominaldefinition, so hätte es keinen Sinn, dieser Definition zu widersprechen; denn der mit dem Ausdruck "formelles Gesetz" bezeichnete Gegenstand würde durch die Definition vom Definierenden allererst geschaffen[9], die Definition wäre per se vollständig, und die Frage der Wahrheit der Definition stellte sich nicht, weil der Gegenstand außerhalb des Denkens und Sprechens des Definierenden keine Realität hätte. Auf eine solche Definition träfe zu, was Windscheid[1o] zu dem Streit über den Begriff des Rechtsgeschäfts sagt : Da dies ein rechtswissenschaftlicher Begriff sei, d.h. ein von der Rechtswissenschaft zu ihren Zwecken aufgestellter Begriff, sei jeder, der an der rechtswissenschaftlichen

---

7) Laband, StR II 61
8) Laband, ebenda 63
9) vgl. v.Freytag-Löringhoff, Logik 47
1o) Windscheid, Pand.I § 69 N.1 (S.167)

Arbeit teilnehme, befugt, diesen Begriff zu gestalten, wie er es für zweckmäßig halte, vorausgesetzt daß er mit seiner Verwendung des Ausdrucks "Rechtsgeschäft" nicht sprachwidrig werde. Handelte es sich bei Labands Definition jedoch um eine Realdefinition, so stellte sich zum einen die Frage, ob die Definition wahr sei; denn der mit dem definierten Begriff gemeinte Gegenstand hätte eine Existenz, die vom Definierenden unabhängig wäre, und die Definition enthielte eine Behauptung über diesen Gegenstand, also ein Urteil i.S. der Logik.[11] Zum andern stellte sich die Frage, ob die Definition - soviel zu erkennen - vollständig sei, d.h. ob sie alle Merkmale des Begriffs angebe; denn es handelte sich nicht um die Definition eines Individualbegriffs - zB des Begriffs "Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen. Vom 28.Oktober 1952" -, bei der das Streben nach Vollständigkeit wegen der großen Zahl der Eigenschaften des Gegenstandes (im Beispiel : der Gemeindeordnung) keinen Erfolg verspricht[12], sondern um die Definition des Allgemeinbegriffes "konstitutionelles Gesetz", bei der angesichts der überschaubaren Zahl von Eigenschaften des konstitutionellen Gesetzes das Bestreben auf Vollständigkeit geht.[13]

Die Definition Labands bezweckt die Feststellung, welche Eigenschaften alle Gesetze Preußens oder des Reiches oder des konstitutionellen Staates schlechthin haben. Welche Eigenschaften "das Gesetz im Sinne einer bestimmten Verfassung oder"das konstitutionelle Gesetz" schlechthin hat, das ist durch diese bestimmte Verfassung oder durch "die Verfassung des konstitutionellen Staates" festgelegt; denn es ist verfassungsmäßig festgelegt, welche Äußerung des Staatswillens Gesetz ist und welche nicht. Die Gesetzeseigenschaften sind festgelegt — das heißt nichts anderes als : das Gesetz

---

11) vgl. v.Freytag-Löringhoff, Logik 49,60
12) vgl. dens. ebenda 53
13) vgl. dens. ebenda 51,52

ist ein dem Definierenden vorgegebener Gegenstand. Labands Definition des Ausdrucks "Gesetz im formellen Sinne" ist also eine Realdefinition; Laband stellt somit Behauptungen auf, so daß eine Erörterung seiner Ausführungen zur Definition als sinnvoll erscheint.

2. Da es sich bei Labands Definition von "Gesetz im formellen Sinne" um eine Realdefinition handelt, können Wahrheit und Vollständigkeit der Definition fraglich sein. Hier, bei Erörterung des Ausschlusses eines Merkmals von der Definition, steht die Vollständigkeit der Definition in Frage.

Aus Labands abschließender Gegenüberstellung der Begriffe "Gesetz im materiellen Sinne" und "Gesetz im formellen Sinne"[14] interessiert hier die daraus zu erschließende Behauptung, der Begriff des Gesetzes im formellen Sinne werde nicht durch das inhaltliche Merkmal "(Willenserklärung,) die einen Rechtssatz umfaßt" definiert (oder "bestimmt" - um den Ausdruck des Autors anzufügen). Wie diese Behauptung begründet sein soll, ist klar, soweit es um Gesetze geht, die - nach Labands Meinung - keinen Rechtssatz umfassen, sondern Verwaltungskte, insbes. Instruktionen, usw. Unklar hingegen ist, wie diese Behauptung begründet sein soll, soweit es um solche Gesetze geht, die neben Rechtssätzen auch Sätze mit unverbindlichem Inhalt umfassen. Da jedes Gesetz dieser Menge von Gesetzen wenigstens einen Rechtssatz umfaßt, erscheinen diese Gesetze als Objekte, die nicht dazu taugen, daß an ihnen der Ausschluß des genannten inhaltlichen Merkmals von der Verwendung bei der Definition des Gesetzes im formellen Sinne demonstriert werde. Will man angesichts dieser Unklarheit eine Begründung mit Bezug auf diese Gesetze vermuten, so dürfte ein etwa so wiederzugebender Gedanke in Betracht zu ziehen sein : Die Definition unter Verwendung dieses

---

14) Laband, StR II 63; s.oben S.107

inhaltlichen Merkmals ist unzulässig, weil sie den Sinn hätte :"Das Gesetz (im formellen Sinne) enthält Rechtssätze und nur Rechtssätze". Diese (vermutete) Begründung trifft nicht zu, weil mit der Definition unter Verwendung des genannten inhaltlichen Merkmals nur gesagt ist, daß diese Gesetze wenigstens einen Rechtssatz umfassen, weil angesichts der Verschiedengestaltigkeit des Inhalts der Gesetze aber offenbleibt, welchen Inhalt einzelne Arten von Gesetzen daneben noch haben.

Daß ein "Gesetz im formellen Sinne" neben einem Rechtssatz einen nicht verbindlichen Satz umfaßt, ändert also nichts an seiner Eigenschaft, einen Rechtssatz zu umfassen.[15] Bei der Definition des Begriffs, dem alle derartigen Gesetze unterfallen sollen, ist gemäß dem Postulat der Vollständigkeit der Definition diese gemeinsame Eigenschaft dadurch zu berücksichtigen, daß die Definition unter Verwendung des Merkmals "(Willenserklärung,) die einen Rechtssatz umfaßt" gebildet wird.

B. Gesetze mit bloß unverbindlichem Inhalt

Das Problem der Gesetze, die bloß unverbindlichen Inhalt haben, kann sich in verschiedener Weise stellen. Für den Fall, daß es solche Gesetze wirklich gibt, stellt es sich in der Frage, ob die Rechtswissenschaft einen Gesetzesbegriff bilden solle, dem auch solche Gesetze unterfallen, so daß dieser begriff darstellt, "was der Gesetzgeber so alles macht". Für den Fall, daß die Existenz solcher Gesetze sich nicht nachweisen läßt, stellt das Problem sich in der Frage, ob die bloße Möglichkeit, daß der Gesetzgeber solche Gesetze erlassen könnte, dazu veranlassen soll, den Begriff des Gesetzes ohne ein inhaltliches, auf das Recht bezogenes Merkmal zu bilden. Weil eine Erörterung der ersten Frage sich erübrigt, wenn die Existenz von Gesetzen

---

15) vgl. auch Heller, VVDStRL 4, 98(113)

mit ausschließlich unverbindlichem Inhalt nicht nachzuweisen sein sollte, wird im folgenden zunächst untersucht, ob es solche Gesetze wirklich gebe, (unter I.) und darauf, welche Antwort auf die zweite Frage gegeben werden solle (unter II.).

I. Den - soviel zu sehen ist[16] - einzigen in der Literatur erwähnten Fall, in dem angeblich durch den Erlaß eines Gesetzes eine Anordnung nicht getroffen werden sollte, bringt Laband[17]. Anscheinend hielt aber auch er den Fall für so singulär, daß er ihn bei der Bildung des Begriffs "Gesetz im formellen Sinne" nicht erkennbar berücksichtigte. Denn mit seiner Kennzeichnung des formellen Gesetzes als der Form, in welcher der staatliche Wille erklärt wird,[18] träfe er zB nicht ein Gesetz, das lediglich den oben zitierten einleitenden Paragraphen des Bairischen Landrechts von 1756 enthielte, da für solch einen Fall nicht wohl von einer staatlichen Willenserklärung, sondern lediglich von einer staatlichen Ansichts- oder Wissenserklärung die Rede sein könnte.

Bei dem von Laband angeführten Fall des angeblich völlig unverbindlichen Gesetzes handelt es sich um das preußische Gesetz, betreffend die Uebertragung der Eigenthums- und sonstigen Rechte des Staates an Eisenbahnen auf das Deutsche Reich[19], das aus zwei Paragraphen besteht. Im § 1 wird bestimmt, daß die Staatsregierung ermächtigt sei, mit dem Deutschen Reiche Verträge abzuschließen über Materien, die unter den Ziffern 1) bis 4) aufgeführt werden (Übertragung der Rechte des Preußischen Staates an Eisenbahnen auf das Deutsche Reich) § 2 des Gesetzes bestimmt :

---

16) vgl. Heller, VVDStRL 4, 98(113)
17) Laband, AöR 1, 172(183)
18) vgl. Laband, StR II 62
19) Vom 4.Juni 1876 (GS 161)

Bezüglich der im §.1. unter 1. 3. und 4. erwähnten Vereinbarungen bleibt die Genehmigung der beiden Häuser des Landtages vorbehalten.

Die im § 2 ausgelassene Ziffer 2) des § 1 betrifft die Ermächtigung an die Staatsregierung, mit dem Deutschen Reich Verträge abzuschließen, durch welch

2)alle Befugnisse des Staates bezüglich der Verwaltung oder des Betriebes der nicht in seinem Eigenthum stehenden Eisenbahnen an das Deutsch Reich übertragen werden;

Laband behauptet dazu, wenn man "die verhältnissmässig ganz unerhebliche Ziff.2 des § 2 ausser Betracht" lasse, so gleiche dieses Gesetz jenem Geschäftsbrief mit dem Postscriptum "Ich widerrufe Alles". Die im § 1 erteilte Ermächtigung werde im § 2 wieder zurückgenommen. Da es selbstverständlich sei, daß die Regierung Verträge unter dem Vorbehalt der Genehmigung des Landtags abschließen könne, enthalte dieses Gesetz weder eine Anordnung noch eine Ermächtigung, ein Verbot oder einen Befehl; es sei vollkommen inhaltslos und inhaltlich völlig gleichbedeutend mit einer Resolution.[20]

Zu dieser Behauptung von der Inhaltslosigkeit des Gesetzes vom 4.Juni 1876 kommt Laband nur, indem er die Ziffer 2) des § 2 außer Betracht läßt. Das zu tun erscheint jedoch nicht angängig. Denn immerhin dürfte diese Ziffer 2) eine Ermächtigung der Regierung zum Abschluß eines gültigen Vertrages begründet haben, da es sich wohl um einen Vertrag i.S. von Art.48 I 2 der preußischen Verfassung von 1850 gehandelt hätte, durch den dem Staate Lasten auferlegt worden wären und zu dessen Gültigkeit es deshalb der Zustimmung der Kammern bedurft hätte. Auf die Auslegungsschwierigkeiten und -kontroversen die in der vagen Fassung von Art. 48 I 2 ihren Grund haben,[21] braucht hier jedoch nicht eingegangen zu werden, weil Laband selbst durch seinen einschränkenden Satz über die Ziffer 2) des § 2 zu

---

20) Laband, AöR 1, 172(183)
21) vgl. dazu z.B. Schulze, PrStR II 616

erkennen gibt, daß er in dieser Ziffer des Gesetzes eine Ermächtigung der Regierung findet. Dann aber taugt dieses preußische Gesetz vom 4.Juni 1876 nicht als Beispiel für solche Gesetze, die überhaupt nur unverbindlichen Inhalt haben, und es liegt nahe, mit Thoma[22] daran zu zweifeln, ob sich in den Gesetzesblättern ein völlig einwandfreies Beispiel eines bloß formellen Gesetzes ohne allen rechtsverbindlichen Inhalt finden lasse.

Hiernach kann davon ausgegangen werden, daß es Gesetze ohne allen rechtsverbindlichen Inhalt nicht gibt, so daß sich eine Erörterung der Frage erübrigt, ob der Gesetzesbegriff mit Rücksicht auf die Existenz solcher Gesetze so zu bilden sei, daß auch sie ihm unterfallen.

An seine zweifelnde Äußerung über die Existenz eines bloß formellen Gesetzes ohne allen rechtsverbindlichen Inhalt[23] schließt Thoma[22] die Feststellung an, ein solches Gesetz bleibe aber denkbar und die Kategorie des bloß formellen Gesetzes sei also logisch vollziehbar und theoretisch lehrreich. Mag man dieser Feststellung auch nicht von vornherein widersprechen wollen, so erscheint es doch fraglich, ob ein hinreichender Anlaß für die Berücksichtigung der bloß formellen Gesetze bei der Bildung des Gesetzesbegriffs darin zu finden ist, daß die Kategorie dieser Gesetze logisch vollziehbar und lehrreich sei. Eine Antwort auf diese Frage läßt sich bei Beantwortung der Frage erwarten, ob die Bildung des Begriffs "Gesetz i.S. der Verfassung"[24] an dem zu orientieren ist,"was der Gesetzgeber so alles machen könnte", oder an dem, was der Gesetzgeber nach der Vorstellung des

---

22) Thoma, HbDStR II 1o8(127)
23) s.oben, I.a.E.
24) entsprechend : "Satzung i.S. des Gemeinderechts". Hier sei daran erinnert, daß Laband zum Ausgangspunkt für die Entwicklung des doppelten Gesetzesbegriffs die Frage nimmt, welche Bedeutung der Ausdruck "Gesetz" in der preußischen Verfassungsurkunde habe (Budgetrecht 3), vgl. oben S.73.

Verfassunggebers tun soll. Schon der Ausdruck "Gesetz im Sinne der Verfassung" legt eine Verneinung des ersten Teils der Frage und eine Bejahung des zweiten Teils nahe : der Gesetzgeber scheint nicht dann im Sinne der Verfassung zu handeln, wenn er jeden beliebigen Gedanken zum Inhalt eines Gesetzes macht, sondern dann, wenn er Recht setzt, da der Verfassunggeber ihm anscheinend dies letztere zu tun aufgetragen hat. Fraglich ist, ob und wie diese solcherweise nahegelegte Antwort sich begründen lasse.

1. a) Eine Antwort auf die Frage nach der Berücksichtigung der bloß formellen Gesetze bei der Bildung des Gesetzesbegriffs gibt Heller : Er sehe für die Theorie in keiner Weise die Nötigung, in den Fällen von Akten der Legislative ohne normativen Inhalt von Gesetzen zu sprechen, sondern lediglich die Nötigung zu der Feststellung, daß in diesem Falle Kundgebungen irgendwelcher Art das Gesetzeskostüm mißbraucht hätten. Ein nicht normativer Akt der Legislative sei so wenig ein Gesetz, wie die als Ritterburg gebaute Grunewaldvilla eine Burg sei.[25]

b) Eine andere Antwort gibt Zorn[26] mit seinen Ausführungen, Gesetze würden erlassen, um zu gelten, alles Gelten aber bestehe in dem Binden irgendeines Willens; jedes Gesetz trage somit das Herrschaftsmoment in sich. "Unverbindliches Gesetz" sei ein Widerspruch in sich selbst. Der erste Paragraph des Bairischen Landrechts zB sei kein "Gesetz", weder ein verbindliches noch ein unverbindliches, aber auch kein "Verwaltungsakt", sondern ein juristisches Nichts. Ein Nichts aber könne nicht "Gesetz" sein.

---

25) Heller, VVDStRL 4, 98(113)
26) Zorn, AnnDR 1889, 344(353)

c) Eine dritte Antwort gibt Haenel. Er führt aus, nach positivem Recht habe nur ein in den verfassungsmäßigen Formen entstandener Staatswille, der die spezifischen Formen der Promulgation und Publikation aufweise, die Form des Gesetzes. Daraus folge mit logisch-juristischer Notwendigkeit, daß nur das die Rechtsform des Gesetzes an sich tragen könne, was promulgations- und publikationsfähig sei, was in diese positivrechtlichen, die Form des Gesetzes ausmachende Formen gekleidet werden könne. Form des Gesetzes habe nur, weil nur dieses sie ohne Widerspruch und Widersinn haben könne, was unter der Formel darstellbar sei : "Wir verordnen und verkündigen rechtsverbindlich." Darstellbar unter derselben sei aber nur, was Wille des Staates sei und was Nachachtung und Gehorsam heische.[27]

Die Erscheinung - so fährt Haenel fort -, die demjenigen Begriff des Gesetzes im formellen Sinne (Labands und seiner Anhänger) entspreche, der auch das rechtlich Irrelevante befasse, sei selbstverständlich keine Erscheinung des Rechtes. Es sei im Gegenteil eine neutrale Erscheinung, die dem Recht und auch dem Nicht-Recht gemeinsam sei. Sie empfange ja erst durch die Reflexion auf ihren möglichen Inhalt, durch das Hinzutreten des Merkmals oder Einteilungsgrundes, den das rechtlich Relevante und sein konträrer Gegensatz : das rechtlich nicht Relevante ausmache, ihre nähere Bestimmung oder ihre Einteilungen.[28] Und so sei die Erscheinung, die Laband und seine Anhänger zum Ausgangspunkt ihrer Begriffsbildung und Terminologie machten, nichts anderes als das allgemeine sprachliche Darstellungsmittel, dessen sich der Gesetzgeber bediene und wie jedermann, der eine psychologische Einwirkung auf andere ausübeh wolle, bedienen müsse. Es sei der Gesetzestext, das Gesetzblatt, das Gesetzbuch, das Sprachstück, das Schriftstück, die Druck-

27) Haenel, Studien II 160
28) Haenel, ebenda 161

schrift, welche von dem Gesetzgeber als seinem technischen Urheber ausgehe. Dieses sprachliche Darstellungsmittel nenne Laband und seine Schule "Gesetz im formellen Sinne".[29]

Eine darauf folgende eingehende Untersuchung angeblich unverbindlicher Gesetzesteile[30] schließt Haenel mit dem Resultat, vom Standpunkt der rechtlichen Betrachtung verwerfe er jeden Begriff des Gesetzes, auch des Gesetzes im formellen Sinne, der das rechtlich Irrelevante als seinen möglichen Inhalt einbeziehe und mit seinen wesentlichen Merkmalen als verträglich erachte.[31] Er tue dies um so mehr - und damit fügt er im Anschluß an Georg Jellinek eine letzte Begründung dafür an -, als diejenige Rechtsfolge, "die formelle Gesetzeskraft", die in der Lehre Labands und seiner Schule das recht eigentliche Wesen des Begriffs des formellen Gesetzes ausmache, durch die Erweiterung des Begriffes bis zur Möglichkeit eines rechtlich irrelevanten Inhalts vernichtet werde. Ein Gesetz oder Gesetzesteil, das nur einen rechtlich irrelevanten Tatbestand darstellen solle, könne durch kein anderes Gesetz aufgehoben oder geandert werden. "Auch ein rechtliches Nichts kann nicht mehr als rechtliches Nichts zu sein und zu bleiben."[32]

2. Die Antworten Hellers, Zorns und Haenels stimmen in der gemeinsamen ihnen zu Grunde liegenden Anschauung überein, daß die Aufgabe des Gesetzgebers im Gesetzgebungsverfahren auf die Rechtssetzung beschränkt sei und daß dieser Aufgabenbeschränkung entsprechend die Produkte des Gesetzgebungsverfahrens in"rechte"Produkte,"Gesetze"nämlich ,und solche Produkte,die keine"Gesetze" sind,zu unterscheiden seien. Von der gemeinsamen Grundanschauung abgesehen, stellen die Antworten dieser drei Autoren jedoch eine Kritik an der Labandschen

29) Haenel, Studien II 161/162
30) ders. ebenda 163 - 172
31) ders. ebenda 172
32) ders. ebenda 172 f.

Begriffsbildung in zwei Versionen dar.

Die erste Version, die Kritik Hellers, verknüpft die Unterscheidung von Gesetz und Nichtgesetz mit der Unterscheidung von rechtem und falschem Tun des Gesetzgebers. Allerdings führt Heller nicht näher aus, was rechtes Tun des Gesetzgebers, was rechter Gebrauch des Gesetzgebungsverfahrens sei (das ist nicht verwunderlich angesichts der für ein Referat gebotenen Kürze der Darstellung); demzufolge läßt sich aus seinen Ausführungen zum Gesetz ohne normativen Inhalt nicht entnehmen, wieso durch den Erlaß eines solchen Gesetzes die Form des Gesetzes nicht recht gebraucht oder mißbraucht werde. Die Version Hellers der Kritik am Labandschen Begriff des Gesetzes ohne normativen Inhalt erscheint demnach nicht als hinreichend ausführlich begründete Ablehnung dieser Begriffsbildung.

Die zweite Version der Kritik, die sich in den Ausführungen Zorns und Haenels darstellt, hebt unmittelbar auf die Produkte des gesetzgeberischen Tuns ab. Da die Kritik Zorns auf einen Punkt konzentriert ist, die Kritik Haenels aber daneben sich auch auf andere Punkte richtet und weiter eindringt, soll im folgenden die Kritik Haenels betrachtet werden. Haenel verwendet für seine Kritik zwei Argumente : das Argument der Gesetzesform (dazu a) und das Argument der Unterscheidung zwischen rechtlich Relevantem und rechtlich Irrelevantem (dazu b).

a) Haenels Argument der Gesetzesform, seine Argumentation mit der Promulgations- und Publikationsunfähigkeit von rechtlich irrelevanten Sätzen, überzeugt nicht.[33] Daß ein Gesetz mit dem Inhalt "Die Menschen haben zwei Beine"[34] publikationsfähig ist, bedarf keiner näheren Darlegung. Ein solches Gesetz ist aber auch promulgationsfähig. Denn mit der Promulgation oder Ausfertigung[35] wird

33) s. auch Böckenförde, Gesetz 291
34) Beispiel von Zorn, AnnDR 1889, 344(353)
35) vgl. Laband, StR II 5o

lediglich beurkundet, daß der Gesetzestext echt und aus einem legalen Gesetzgebungsverfahren hervorgegangen sei,[36] und in solcher Weise kann auch das Gesetz "Die Menschen haben zwei Beine" beurkundet werden. Der so beurkundete Text hätte, entgegen Haenels Ansicht, die Form des Gesetzes, mag er auch nicht zur Publikationsformel passen (mag er also die Gesetzesform "mit Widerspruch" haben) und mag deswegen die Zusammenstellung von Publikationsformel und Text auch widersinnig sein.

b) Die folgende Erörterung von Haenels Stellungnahme zu der Labandschen Begriffsbildung kann nicht auf die Untersuchung beschränkt bleiben, ob unter dem "Gesetz im formellen Sinne" wirklich ein rechtlich relevanter Gegenstand begriffen wird. Denn ob Laband mit Haenel in der Forderung übereinstimmt, der Begriff des konstitutionellen Gesetzes (des Gesetzes im formellen Sinne) sei so zu definieren, daß mit dem Begriff ein rechtlich relevanter Gegenstand gemeint wird, ist nicht sicher. Eine solche Übereinstimmung wird man nicht ohne weiters aus Labands Behauptung entnehmen können, auf der Form des Gesetzes beruhe die Rechtswirkung der formellen Gesetzeskraft und auf der formellen Gesetzeskraft beruhe die überaus große praktische Wichtigkeit des formellen Gesetzesbegriffes,[37] desgleichen nicht aus seiner Behauptung, den ersten Paragraphen des Bairischen Landrechts von 1756 könne trotz seiner Inhaltslosigkeit der König von Bayern im Wege der Verordnung ebensowenig aufheben wie irgend ein anderes Gesetz[38]. Bei diesen Äußerungen bleibt vielmehr offen, ob Laband nicht seinen Begriff des Gesetzes im formellen Sinne ohne Rücksicht darauf, ob der diesem Begriff entsprechenden Erscheinung rechtliche Relevanz zukommt oder nicht, für richtig hält. Weil nun prima vista die rechtliche Relevanz

---

36) vgl. Laband, StR II 42/43; Meyer-Anschütz, StR 687. G.Jellinek, Gesetz 321, rechnet dazu noch die Anordnung der Publikation.
37) Laband, StR II 68
38) Laband, AöR 1, 172(188)

oder Irrelevanz einer Erscheinung nicht uninteressant ist bei der Argumentation für und wider einen juristischen Begriff, der auf die fragliche Erscheinung zutreffen soll, wird zunächst untersucht (unter ba. und bb.), ob es eine formelle Gesetzeskraft gibt, die Rechtswirkung jedes Gesetzes im formellen Sinne sein und damit die rechtliche Relevanz dieser Gesetze ausmachen soll, ehe Haenels Forderung an die juristische Begriffsbildung erörtert wird (unter bc. und bd.).

ba. Die formelle Gesetzeskraft definiert Laband als den Rechtssatz, daß ein in der Form des Gesetzes ergangener Willensakt des Reiches nur im Wege der Reichsgesetzgebung wieder aufgehoben oder abgeändert werden könne und seinerseits allen mit ihm im Widerspruch stehenden älteren Anordnungen derogiere.[39] Die formelle Gesetzeskraft ist, nach Labands Ansicht, unabhängig von dem Inhalt der Gesetze.[40]

Georg Jellinek, auf den Haenel sich in seinen oben wiedergegebenen Ausführungen bezieht[41], spricht im Gegensatz zu Laband, den unverbindlichen Gesetzen die formelle Gesetzeskraft mit der Begründung ab, diese Gestze seien einer Aufhebung im juristischen Sinne unfähig, da sie keine wie immer geartete juristische Wirkung besäßen. Die in diesen Gesetzen ausgesprochenen theoretischen Definitionen, Ratschläge, Wünsche usw. hatten nur in dem Willensakt des Staates, durch den sie ausgesprochen worden seien, ihre Existenz gehabt, seien durch ihn jedoch sofort konsumiert worden; sie hätten niemals gegolten, weder materiell noch formell, weil alles Gelten in dem Binden irgendeines Willens bestehe.[42] Gegen die Behauptung Labands von der formellen Gesetzeskraft des einleitenden Paragraphen des Bairischen Landrechts von 1756 stellt Jellinek die

---

39) Laband, StR II 68
40) ders. ebenda 69
41) s.S. 116
42) G.Jellinek, Gesetz 337/338

Frage, welche Wirkung eine "Aufhebung" dieses Satzes haben könne — etwa die, daß in Zukunft die Jurisprudenz in einer oberflächlichen Kenntnis der Rechte bestehe. Derartige Äußerungen des legislatorischen Willens hätten auch keine formelle Gesetzeskraft, weil sie nicht aufgehoben werden könnten. Aufheben könne man nur ein mit kausativer Kraft Ausgestattetes. Ein Nichts könne nicht vernichtet werden.[43] Auch Otto Mayer wendet sich gegen die Behauptung Labands, die formelle Gesetzeskraft sei unabhängig vom Inhalt, und zwar mit der Bemerkung, er könne die rechtliche Wirkung des ersten Paragraphen des Bairischen Landrechts nicht höher schätzen als die des großen Faustmonologs; fehle hier eine solche Rechtswirkung, so sei eine formelle Gesetzeskraft nicht denkbar.[44)45]

bb. Die Wahrheit der Behauptungen G.Jellineks und O.Mayers von der Aufhebungsunfähigkeit unverbindlicher Gesetze (mit theoretischen Definitionen, Ratschlägen, Wünschen usw.) mag mit Hilfe der folgenden Überlegung verdeutlicht werden können : Unverbindliche Gesetze mit diesem Inhalt enthalten keine Rechtsnormen, sondern Urteile i.S. der Logik (die nicht den Sinn von Anordnungen haben) und Wünsche. Urteile und Wünsche umfassen einen Gedanken nebst einem affirmativen bzw. optativen Denkelement (welches man im Urteilssatz durch die Indikativform und im Wunschsatz durch die Optativform des Verbs ausdrückt). Durch die "Aufhebung" derartiger unverbindlicher Gesetze werden weder deren Behauptungs-(Urteils-) und Wunschsätze noch die

---

43) G.Jellinek, Gesetz 338 N.45. Im Widerspruch zu diesen Ausführungen scheint die Behauptung zu stehen, die Ursache der juristischen Wirkung, daß ein formelles Gesetz nur durch ein formelles Gesetz alteriert werden könne, sei "die allen formellen Gesetzen innewohnende formelle Gesetzeskraft", G.Jellinek, Gesetz 249 ; vgl. auch aaO 25o: "die formelle Gesetzeskraft als Correlat der Gesetzesform"ist"das identische Element aller formellen Gesetze".

44) Mayer, VwR I 68 N.8

45) vgl. auch Böckenförde, Gesetz 291

durch diese Sätze ausgedrückten Urteile und Wünsche noch die von letzteren umfaßten Gedanken "aufgehoben". Der Gesetzgeber kann nicht den Behauptungs- oder Wunschsatz aus der Sprache entfernen : Die Bereicherung oder Mehrung der Sprache, die der Gesetzgeber durch Formulierung und Verbreitung von Wunschsätzen pp. bewirkt haben mag, kann nur in der Weise in Abgang kommen, daß die Wunschsätze pp. von der Sprachgemeinschaft gänzlich vergessen werden — doch über Erinnern und Vergessen der Menschen hat der Gesetzgeber keine Macht. Der Gesetzgeber kann aber auch nicht das Urteil oder den Wunsch oder den von ihnen umfaßten Gedanken aufheben. Die "Aufhebung" des Urteils oder des Wunsches erfolgt durch einen dem Behauptungssatz oder dem Wunschsatz entgegengesetzten Satz (zB : "Die Jurisprudenz besteht nicht in gründlicher Kenntnis der Gesetze") oder durch schlichten Aufhebungssatz (zB : "§ 1 I 1 des Bairischen Landrechts wird aufgehoben). Da die Beendigung einer Rechtsgeltung nicht in Frage steht, kann als Sinn sowohl des verneinenden Satzes als auch des schlichten Aufhebungssatzes eine Verneinung angenommen werden. Durch verneinendes Urteilen (wie durch Urteilen überhaupt) vermag aber der Gesetzgeber ebensowenig wie irgendein Mensch am Bestand des Gedankens und des ihn umfassenden bejahenden Urteils etwas zu ändern[46]: über die fortdauernde Existenz eines einmal gedachten Gedankens hat der Gesetzgeber keine Macht und er hat keine Macht, durch sein Dekret ein Urteil wahr oder unwahr zu machen. Desgleichen kann der Gesetzgeber nicht einen Wunsch dadurch "aufheben", daß er in einem Aufhebungsgesetz ausdrücklich oder konkludent einen entgegengesetzten Wunsch äußert. Denn nimmt man an, der Gesetzgeber bereichere durch die Äußerung des Wunsches die Welt der Gedanken und Wünsche, so ist nicht zu erkennen, wie er diese Bereicherung sollte rückgängig machen können : er setzt nicht, wie beim Rechtssetzen, ein

---

46) vgl. Frege, Verneinung 59, 61

zu seiner Disposition stehendes Sollen; nimmt man aber an, die Äußerung des Wunsches sei lediglich eine Reproduktion von bereits Vorhandenem, so erschöpft der Wunsch sich in der Äußerungshandlung oder - mit den Worten G.Jellineks[47] gesprochen - hat nur in dem Willensakt des Staates, durch den er ausgesprochen wird, seine Existenz, wird durch den Akt jedoch sofort konsumiert.

Eine formelle Gesetzeskraft als Rechtswirkung des "Gesetzes im formellen Sinne" gibt es demnach nicht. Da diese Gesetzeskraft als die einzige auf der Form des Gesetzes beruhende Erscheinung von rechtlicher Relevanz behauptet wird, ist die Eigenschaft jedes Gesetzestextes, im Gesetzgebungsverfahren produziert worden zu sein, als für sich allein rechtlich nicht relevante Eigenschaft anzusehen. Mit Haenel[48] kann also davon ausgegangen werden, daß unter dem an der Möglichkeit unverbindlichen Gesetzesinhalts orientierten Begriff des Gesetzes im formellen Sinne eine Erscheinung verstanden wird, die nicht durch eine rechtlich relevante Eigenschaft ausgezeichnet ist.

bc. Die oben[49] im Anschluß an eine Äußerung Thomas gestellte Frage, ob ein hinreichender Anlaß für die Berücksichtigung der bloß formellen Gesetz bei der Bildung des Gesetzesbegriffs darin zu finden ist, daß die Kategorie des bloß formellen Gesetzes logisch vollziehbar und theoretisch lehrreich sei, ist durch das Ergebnis der unter bb. angestellten Überlegungen zum Teil beantwortet : Die Kategorie des bloß formellen Gesetzes, Kategorie einer Erscheinung ohne rechtlich relevante Eigenschaft, mag sprachtheoretisch lehrreich sein (worüber hier nicht zu urteilen ist), rechtstheoretisch oder in einer Rechtsdogmatik lehrreich ist sie nicht; denn Rech

47) G.Jellinek, Gesetz 337/338; s.oben S.119
48) Haenel, Studien II 161 f.; s.oben S.115 f.
49) II. am Anfang, S.113

theorie und Rechtsdogmatik mögen sich zwar mit Erscheinungen befassen, die auch Gegenstand der Psychologie, der Linguistik, der Soziologie usw. sind, diese Erscheinungen müssen aber - soll nicht jede Abgrenzung zu diesen Wissenschaften unmöglich werden - dennoch auch von rechtlicher Relevanz sein.

bb. Für die Frage, ob ein hinreichender Anlaß für die Berücksichtigung der bloß formellen Gesetze bei der Bildung des Gesetzesbegriffs darin zu finden ist, daß deren Kategorie "logisch vollziehbar" sei, ist dieser Ausdruck Thomas vorweg so zu präzisieren: Die Tatsache, daß Thomas den Begriff des bloß formellen Gesetzes verwendet, gibt Grund zu der Annahme, seine Position werde mit der Feststellung getroffen, daß man einen Gesetzesbegriff definieren kann - und, nach Regeln der Logik: darf -, unter welchen auch ein Gesetz wie "Die Menschen haben zwei Beine" subsumiert werden kann. Diese logische Zulässigkeit zugestanden, bleibt doch die Frage, ob man als Jurist mit Rücksicht auf die Möglichkeit und logische Zulässigkeit einer solchen Definition den Gesetzesbegriff solchergestalt definieren solle, ob eine solche Definition angemessen sei.

Gegen die Angemessenheit einer solchen Definition sprechen zwei Argumente.

Das erste Argument hebt auf die Grenzen der Rechtswissenschaft ab. In der Erörterung zu bb. ist es der Grund dafür gewesen, daß der Kategorie des bloß formellen Gesetzes die Lehrhaftigkeit für die Rechtswissenschaft abzusprechen war. Bei Haenel erscheint dieses Argument angedeutet in der Formulierung "vom Standpunkt der rechtlichen Betrachtung, der ich einzuhalten habe," verwerfe ich jeden pp. Gesetzesbegriff[50]. Bezieht man das Argument auf die Frage nach der Berücksichtigung einer logisch vollziehbaren Kategorie bei der rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung, so ergibt sich diese

---

50) Haenel, Studien II 172; s.auch oben S.116

Überlegung: Für die Bildung einer rechtswissenschaftlichen Kategorie ist erforderlich, daß die Kategorie logisch vollziehbar oder, deutlicher gesagt, nach den Regeln der Logik zulässig sei. Aber das ist nicht genügend.[51]. Vielmehr ist zudem erforderlich, daß die Kategorie einen Gegenstand unter sich begreife, der (auch) rechtlich relevant ist - wenn anders jede Abgrenzung zu anderen Wissenschaften wie Philosophie, Linguistik, Soziologie usw. nicht unmöglich werden und die Kategorie nicht jedes rechtswissenschaftlichen Wertes entbehren soll.[52] Das Gesetz im formellen Sinne (unter Einschluß des unverbindlichen Gesetzes), der mit dieser Kategorie gemeinte Gegenstand, ist aber kein rechtlich relevanter Gegenstand, wie die Untersuchung unter bb. ergeben hat.

---

51) vgl. auch Gierke, Schmollers Jahrbuch 7, 1097 (1106): Bei der logischen Ableitung von Begriffen aus Begriffen in der Jurisprudenz bildeten das Material nicht konstante mathematische Größen begriffe, sondern mehr oder minder frei gestaltete Verhältnisbegriffe. "Die bloße formale Logik ist daher hier nicht nur wie überall schlechthin unfähig, die substantiellen Grundbegriffe zu produziren, sondern sie ist auch keineswegs ausreichend, um die Angemessenheit der Begriffsbildung und Begriffsentwickelung zu kontroliren."

52) vgl. Bülow, Geständnissrecht 156/157 (insb. N.2): Er enthält sich des Urteils darüber, ob einige Parteihandlungen als Rechtsgeschäfte zu qualifizieren seien, weil er "nicht abzusehen vermag, ob die Entscheidung dieser ganzen Frage eine rechtserhebliche Bedeutung, also auch einen rechtswissenschaftlichen Werth hat. Das wäre doch nur anzunehmen, wenn man angeben könnte, welche spezifische Rechtsfolgen mit der Rechtsgeschäftseigenschaft einer Parteihandlung verbunden sind." Vgl. auch Böckenförde, Gesetz 291.

Das zweite Argument ist auf die Forderung gestützt, daß - mit den Worten Gustav Rümelins - bei der Abgrenzung der Begriffe auf "Zweck und Motiv des Gesetzgebers" Rücksicht genommen werde, den Begriffen die Abgrenzung gegeben werde, "bei der der gesetzgeberische Gedanke die vollste und genaueste Realisirung findet" [53]. Diese Forderung gründet sich hier auf die Erwägung, daß es bei der Bildung des Gesetzesbegriffs um das Gesetz im Sinne der Verfassung, d.h. im Sinne des Verfassungsgesetzgebers bzw. im Sinne des Verfassungsgesetzes, geht und daß die Definition des Gesetzesbegriffs zur Wiedergabe des erkannten Sinnes des Verfassungsgesetzes helfen und dienen soll.[54] Das Motiv des Gesetzgebers für die Normierung des Gesetzgebungsverfahrens in allen hier in Frage stehenden Verfassungen ist dieses: Es soll ein Verfahren vorgesehen werden, in dem unter maßgeblicher Beteiligung des Parlaments Regelungen getroffen werden, aus dem also verbindliche Emanationen des Staatswillens hervorgehen können. Daß aus dem Gesetzgebungsverfahren verbindliche, nicht aber unverbindliche Emanationen ("Die Menschen haben zwei Beine") hervorgehen sollten, war den Verfassungsgesetzgebern offenbar so selbstverständlich, daß sie diese Erwartung und diesen ihren Willen nicht ausdrücklich im Text der Verfassung erwähnten. Immerhin, diese gesetzgeberische Erwartung, dieser gesetzgeberische Zweck läßt sich an einer größeren Zahl von Wendungen ablesen, von denen hier nur einige angeführt seien. In der Reichsverfassung von 1871

---

53) Rümelin, Begriffsbildung 16/17; vgl. auch Müller-Erzbach, JherJb 61, 343 (373 f); Stoll, Begriff 109/110; Engisch, Rechtsbegriffe 62, 60/61; Riezler, ARSP 34, 149 (162): Es sei Ziel der juristischen Begriffsbildung, die Rechtsbegriffe richtig, d.h. den eigenartigen Zwecken des Rechts entsprechend, zu gestalten.

54) Angemerkt sei, daß hier nicht erörtert zu werden braucht, ob der Gesetzgeber der Wissenschaft Begriffe und Konstruktionen verbindlich vorschreiben könne; denn das Ziel, zu erkennen und darzustellen, was Gesetz im Sinne der Verfassung sei, ist von der Wissenschaft frei gesetzt.

bestimmt Art. 2 S.2: "Die Reichsgesetze erhalten ihre verbindliche Kraft durch ihre Verkündigung von Reichswegen ..."; von verbindlicher Kraft oder Gesetzeskraft kann aber, wie oben gezeigt, bei unverbindlichen Gesetzen keine Rede sein. Art.72 GG spricht von dem Erfordernis, daß ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher "Regelung" bestehe. Aus der Umschreibung einiger Gesetzgebungsmaterien in Art.74 GG - z.B. Ziffer 1., 3., 4.- ist zu ersehen, daß der Gesetzgeber nach der Vorstellung und dem Willen des Verfassungsgesetzgebers Recht setzen, also verbindliche Gesetze erlassen soll . Ebenso wie durch die Gesetzgebung sollen auch durch den Erlaß von Gemeindesatzungen Regelungen getroffen und nicht unverbindliche Äußerungen getan werden, vgl. z.B. § 4 Abs.1 S.1 nwGO: "Die Gemeinden können ihre Angelegenheiten durch Satzungen regeln ..." und § 28 Abs.1 g) nwGO: "die Satzung" erscheint hier als eine Art der Gattung "ortsrechtliche Bestimmung". Diese Äußerungen sprechen dagegen, daß man "die vollste und genaueste Realisirung" des gesetzgeberischen Gedankens in einem Gesetzesbegriff (Satzungsbegriff) findet, der mit Rücksicht auf die Möglichkeit unverbindlicher Gesetze (Satzungen) kein inhaltliches Merkmal enthält.

Gegen diese beiden Argumente, die wider eine Berücksichtigung gänzlich unverbindlicher Gesetze (Satzungen) bei der Bildung des Gesetzesbegriffs (Satzungsbegriffs) streiten, steht lediglich das eine Argument, irgendwann einmal könnte der Gesetzgeber ein bloß formelles, weil gänzlich unverbindliches Gesetz erlassen. Diesem Argument von der Freiheit des Gesetzgebers (Satzungsgebers), juristischen Nonsens zu produzieren, kann das Übergewicht in der Abwägung der einander entgegengesetzten Argumente nicht zuerkannt werden.

3. Bei der Bildung des Gesetzesbegriffs ("Gesetz im Sinne der Verfassung") bzw. des Satzungsbegriffs ("Satzung im Sinne des Gemeinderechts") ist also die

Möglichkeit des Erlasses von gänzlich unverbindlichen Gesetzen bzw. Satzungen nicht zu berücksichtigen. Daß der Satzungsgeber auf den Einfall kommen könnte, eine Satzung ohne allen verbindlichen Inhalt zu erlassen, gibt keinen plausiblen Grund dafür, die Haushaltssatzung (soweit sie die Festsetzung des Haushaltsplans enthält) als Satzung im formellen Sinn zu kennzeichnen.

§ 7. Laband und Georg Jellinek: Das Recht als "sociale Schrankenziehung"

A. Darstellung

Laband unterscheidet bei seiner Darlegung des Begriffs der Verwaltung[1] Rechtsgesetze und Verwaltungsgesetze (Beispiel für letztere: Anleihegesetze, s. oben S. 81), stellt die Frage nach dem Unterschied zwischen diesen Gesetzen und kommt dabei auf das Erfordernis, zur Lösung dieser Frage das Wesen des Rechtssatzes zu erörtern. Hierzu führt er aus,[2] das Recht bestehe in der Abgrenzung der Befugnisse und Pflichten der einzelnen Subjekte gegeneinander; es sei die Bedeutung des Rechts - so sagt er in anderem Zusammenhang - , die durch das gesellige Zusammenleben der Menschen gebotenen Schranken und Grenzen der natürlichen Handlungsfreiheit des Einzelnen zu bestimmen;[3] das Recht setze seinem Wesen nach eine Mehrheit von Willensträgern voraus, die miteinander kollidieren könnten; die Rechtsordnung sei eine Macht über den Einzelnen. Nur insoweit die Willenssphäre eines Subjekts durch Gebote, Verbote, Gewährungen gegen fremde Willenssphären abgegrenzt sei und soweit ein Anspruch, eine Verpflichtung, ein Schutz gegen Eingriffe oder gegen Widerstand anderen

---

1) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, § 64 (StR. II 172 ff).
2) Laband, StR II 181.
3) ders. ebenda 73.

gegenüber begründet sei, walte die Rechtsordnung. Dies gelte auch vom Staat, insofern er nicht als der Schöpfer der Rechtsordnung selbst, sondern als eine innerhalb derselben handelnde und waltende Persönlichkeit erscheine— als eine organisierte Einheit, als juristische Person, wie aus Erörterungen des Autors an anderer Stelle[4] zu ergänzen ist. Der Staat sei in seiner verwaltenden Tätigkeit unter die von ihm gesetzte Rechtsordnung gestellt; der Willenssphäre der zur Verwaltung berufenen Behörden seien rechtliche Schranken gegenüber den Individuen, den Kommunen, den anderen Organen des Staates selbst gesetzt. Aber nur da, wo die Willenssphäre des verwaltenden Staates (der Verwaltung) mit irgendeiner anderen vom Recht anerkannten Willenssphäre in Kontakt komme, wo ein wechselweiser Eingriff, eine Kollision, eine Ausgleichung möglich sei, könne für einen Rechtssatz Raum sein[5]. Regeln dagegen, die sich innerhalb der Verwaltung selbst hielten, die in keiner Richtung einem außerhalb der Verwaltung stehenden Subjekt Beschränkungen auferlegten oder Befugnisse einräumten, seien keine Rechtsvorschriften, da ihr Erlaß ebensowenig in die Sphäre des Rechtes eingreife, als wenn ein Privatmann Anordnungen über die Führung seines Haushalts, seiner Fabrik oder seiner Landwirtschaft erteile oder als wenn ein Aktienverein, eine Genossenschaft, eine Kommune über ihre Angelegenheiten Beschlüsse fasse[6].

II. Georg Jellinek bestimmt den Begriff des Gesetzes im materiellen Sinne bei der Untersuchung der Frage, welchen Inhalt die verbindlichen formellen Gesetze haben könnten?[7] Nachdem Jellinek vor allem die

---

4) Laband, StR I 57.
5) Laband, StR II 181.
6) Laband, StRII 181/82.
7) G.Jellinek, Gesetz 233.

Lehre von der begrifflichen Allgemeinheit des Rechtssatzes verworfen hat[8], kann er "formale, also juristisch präcise Unterschiede" innerhalb der verbindlichen formellen Gesetze nicht finden und kommt auf die Notwendigkeit, daß man von einem materiellen Einteilungsprinzip ausgehe. Dieses Prinzip aber, so führt er aus, könne kein anderes sein als jenes, durch dessen Anwendung man überhaupt zu einer in das Wesen der Sache eindringenden Unterscheidung der Staatsfunktionen gekommen sei, der Zweckbegriff. "Wie sich durch den Zweck alle staatlichen Willensakte differenziren, so auch die in Form eines constitutionellen Gesetzes erlassenen. Hat ein Gesetz den nächsten Zweck, die Sphäre der freien Thätigkeit von Persönlichkeiten gegeneinander abzugrenzen, ist es der socialen Schrankenziehung wegen erlassen worden, so enthält es die Anordnung eines Rechtssatzes, ist daher auch ein Gesetz im materiellen Sinne, hat es jedoch irgend einen anderen Zweck, so ist es kein materielles, sondern nur ein formelles Gesetz, das seinem Inhalte nach als Anordnung eines Verwaltungsaktes oder als ein Rechtsspruch sich charakterisirt"[9]. Diese Ausführungen verdeutlicht Jellinek mit der folgenden Darlegung: Bei der Bestimmung, ob der Inhalt einer staatlichen Willensäußerung die Anordnung eines Rechtssatzes sei oder nicht, komme es stets auf den nächsten, den unmittelbaren Zweck an. Denn die Rechtsordnung sei nicht um ihretwillen da, sondern diene allen Zwecken der Persönlichkeiten, sowohl der Individuen als des Staates. Der nächste Zweck z.B. der gesetzlichen Bestimmungen über die Wehrpflicht sei Schrankenziehung, der letzte Zweck jedoch Erhaltung des Staates gegen die Angriffe äußerer und innerer Feinde; der Staat setze hier Recht, um verwalten zu können[10].

8) G.Jellinek, Gesetz 236 ff.
9) ders. ebenda, 240.
10) ders. ebenda, 242.

Welche Erscheinungen er unter dem Ausdruck "Persönlichkeiten" begreift und welche nicht, das hat Jellinek in anderem Zusammenhang erläutert [11]. Er führt dort zur Qualifizierung der Staatsorgane aus, der Staat handle durch eine Vielheit von Organen, unter welche die staatlichen Funktionen planmäßig verteilt seien. Das Maß staatlicher Funktionen, das durch ein Staatsorgan pflichtgemäß zu versehen sei, bilde seine Kompetenz. Aus dem Sachverhalt, daß einem Organ der durch ein anderes Organ sich äußernde Staatswille als fremder Wille gegenübertrete, entstehe "der Schein, als ob die Organe selbständige Persönlichkeiten seien. In Wahrheit aber stehen sich niemals Persönlichkeiten, sondern stets nur Kompetenzen gegenüber. ... Die Kompetenz aber ist niemals subjektives, sondern stets objektives Recht." [12]. Vom Standpunkt des Staates aus gesehen, gebe es keine Vielheit der Kompetenzen; für ihn blieben die einzelnen Willensäußerungen seiner Organe innere Vorgänge in seiner Persönlichkeit, die zu einem definitiven von ihm ausgehenden Willensakt führen sollten [13].

Die Normen für die staatliche Willensbildung charakterisiert Jellinek als teils Rechtssätze, teils Verwaltungsakte. Insofern der Staat - so die Begründung für diese Einordnung - ausschließlich sein Verhältnis zu seinen Organen regle, könne diese Regelung nur durch der rechtlichen Qualifikation entbehrende Anordnungen stattfinden, weil ein Vorgang, der streng innerhalb einer Persönlichkeit bleibe und an sich keine Wirkungen anderen gegenüber äußere, niemals ein nach Rechtsnormen zu beurteilender sein könne. Meistens jedoch schaffe der Staat durch Normierung der Kompetenzen zugleich rechtliche

---

11) in seinem "System der subjektiven öffentlichen Rechte", 1.Aufl.,Freiburg i.B. 1892, 2.(hier zit. Aufl. Tübingen 1905.
12) G.Jellinek, System 227.
13) ders.,ebenda 229.

Pflichten und Ansprüche der ihm Subjizierten, und zwar einerseits der seinen Organen subsistierenden Individuen, andererseits der Gesamtheit seiner Untertanen [14].

Eine Qualifizierung einzelner Vorschriften über Kompetenzen des Königs, des Parlaments und der Gerichte als Rechtssätze resumiert Jellinek in dem Satz, die ganze innere Staatsordnung sei Rechtsordnung deshalb, weil sie nicht für den abstrakten Staat, sondern für die konkrete ihn bildende Menschengemeinschaft da sei[15]. "Daher ist es auch ein allgemeines Interesse, dass die staatliche Willensbildung sich innerhalb der rechtlichen Formen und vermittelst der rechtlich normierten Kompetenzen vollziehe. Indem der Staat Rechtssätze darüber aufstellt, über die Einhaltung der Kompetenzen wacht, den Zweifel über sie im konkreten Fall durch Rechtsspruch entscheidet, bewährt er sich als Hüter und Bewahrer des Gemeininteresses. Nicht der einzelne, wohl aber die zur Einheit verbundene Gesamtheit hat ein rechtliches Interesse an dem Dasein und der Aufrechterhaltung der staatlichen Kompetenzen" [16]. Die Volksgemeinschaft sei es, die an dem Dasein und der Erfüllung der staatlichen Rechtsordnung ein rechtliches Interesse habe. Sie sei jedoch identisch mit dem Staat, rechtlich erscheine als Subjekt dieses Interesses wie aller ihrer rechtlichen Interessen der Staat selbst. Damit erhalte aber der Staat einen zwiefältigen Charakter: als Subjekt der staatlichen Macht und als Verwalter des Gemeininteresses. Die staatliche Selbstverpflichtung - in der nach Jellineks Lehre der formale Rechtsgrund der Rechtsbeständigkeit der Staatsordnung liegt- sei daher näher betrachtet eine Verpflichtung des Staates als handelnden, d.h. als rechtsschaffenden und machtübenden Subjektes dem Staate als Repräsentanten des

---

14) G.Jellinek, System 233.
15) ders., ebenda 233/234.
16) ders., ebenda 234.

Gemeininteresses. Es besteht deshalb häufig ein subjektiver Rechtsanspruch auf gesetzliches Dasein der Staatsordnung, auf Einhaltung der einzelnen staatlichen Kompetenzen durch die dazu bestimmten Organe. Es ist der Staat als Vertreter des Gemeininteresses, dem dieser Anspruch an den Staat als Willensmacht zusteht"[17].

Aber auch deshalb sind für Jellinek die an die staatlichen Organe sich richtenden Normen Rechtssätze, weil sie zugleich Normen für die hinter den Organen stehenden Menschen seien; denn staatlicher Wille sei immer menschlicher Wille, und so sei ein höchst kompliziertes System von Rechtssätzen notwendig, um die Umsetzung der individuellen Willensakte in staatliche hervorzurufen und einzuschränken[18]. Nach der Ausgrenzung des Dienstbefehls aus dem Recht - er entspringe aus der durch den Dienstvertrag begründeten speziellen Dienstgewalt und sei nicht direkte Anwendung objektiven, sondern vielmehr subjektiven Rechts aus dem Dienstvertrag - [19], faßt Jellinek seine Ausführungen u.a. in dem Satz zusammen, alle Sätze, die sich auf die Organisation des Staates beziehen, seien Rechtssätze, sofern sie Recht und Pflicht der Subjizierten schafften, keine Rechtssätze, sofern sie nur von bereits bestehender Pflicht Gebrauch machten.[20] Ein Anhaltspunkt dafür, wie diese Abgrenzung sich auf die Charakterisierung des Etats auswirke, könnte darin zu finden sein, daß Jellinek bereits in"Gesetz und Verordnung" Befehle und Erlaubnisse, die der Regierung durch Gesetz gegeben werden (Befehl zur Aufnahme einer Anleihe, zur Errichtung einer Universität, Genehmigung von Domänenverkäufen usw.) aus dem Rechtssatzbegriff eliminiert, weil dadurch nicht Schranken

17) G.Jellinek, System 234/235.
18) derselbe, ebenda, 238/239.
19) derserbe, ebenda, 239/240.
20) derselbe, ebenda 240.

gezogen würden, sondern Gebrauch von der schon bestehenden Gehorsamspflicht der staatlichen Organe gemacht werde.[21]

Die "hervorragendste Bedeutung" der in diesen Ausführungen entwickelten Unterscheidung von formellem und materiellem Gesetz liegt für Jellinek darin, daß sie allein den Weg zur Abgrenzung der Kompetenz der konstitutionellen Gesetzgebung von der Verordnungs- und Verfügungsgewalt der Regierung weise. "Der constitutionelle Staat ist ausgegangen von der Idee, dass der Monarch nicht einseitig neues Recht schaffen und bestehendes abändern oder aufheben könne, sondern zur Umbildung der Rechtsordnung stets der Zustimmung der Volksvertretung bedürfe" [22]. Alle staatliche Rechtssetzung, alle materielle staatliche Gesetzgebung [23] falle prinzipiell der formellen Gesetzgebung anheim.

B. Kritik

In ihren Ausführungen zum Begriff des Rechtssatzes oder materiellen Gesetzes gehen Laband und Jellinek von einer gemeinsamen Grundanschauung von den Grenzen des Rechts aus; diese Grundanschauung wird sogleich (unter I.) erörtert. Danach wird die Begrenzung behandelt, die Laband dem Recht gegenüber dem Bereich der Verwaltung gibt (unter II.), und schließlich (unter III.) werden Jellineks besondere Ausführungen über die Grenzen des Rechts erörtert.

Die Grundanschauung von den Grenzen des Rechts, die Laband und Jellinek gemeinsam ist, findet sich bei Laband in den Sätzen ausgedrückt, das Recht setze seinem Wesen nach eine Mehrheit von Willensträgern voraus und es bestehe in der Abgrenzung der

---

21) G. Jellinek, Gesetz 240/241.
22) ders., ebenda 254.
23) ders., ebenda 255.

Befugnisse und Pflichten der einzelnen Subjekte (Willensträger) gegeneinander[24]; mit den Worten Jellineks läßt diese Grundanschauung sich so darstellen: das Recht grenzt die Sphäre der freien Tätigkeit von Persönlichkeiten gegeneinander ab[25], ein Vorgang der streng innerhalb einer Persönlichkeit bleibt und an sich keine Wirkungen gegenüber anderen äußert, kann niemals ein nach Rechtsnormen zu beurteilender sein[26].

Die Grundanschauung Labands und Jellineks bezieht sich, wie diese Sätze zeigen, auf zwei Situationen: auf die Situation eines Menschen, der gänzlich allein ist. (Robinson-Situation, dazu 1.), und auf die Situation von Menschen, die in Gesellschaft leben (dazu 2).

1. Der Behauptung Labands und Jellineks, die sich auf die Robinson-Situation bezieht, kann ohne Bedenken zugestimmt werden[27]. Diese Behauptung läßt sich zwar nicht so begründen, daß die in der Robinson-Situation bestehenden Beziehungen zu Sachen (und, vielleicht, zu Gott) nicht als solche Beziehungen denkbar oder möglich seien, die man als "rechtlich" geregelt bezeichnen könnte, sie läßt sich aber durch den Hinweis auf den konventionellen gänzlich einheitlichen Gebrauch des Wortes "Recht", durch den das Wort auf die Bezeichnung solcher Normen beschränkt ist, welche Beziehungen zwischen mehreren Menschen betreffen, begründen.

2. Die Grundanschauung Labands und Jellineks von den Grenzen des Rechts, soweit sie die Situation der gesellig lebenden Menschen betrifft, tritt in zwei Aussagen hervor: in einer Aussage über Rechtssubjekte als rechtlich geschützte und eingeschränkte Einheiten (dazu a)) und in einer Aussage über die Impermeabilität dieser Einheiten (dazu b)).

---

24) s. oben S. 127
25) s. oben S. 129
26) s. oben S. 130
27) vgl. auch Henkel, Rechtsphilosophie 27: Das Recht sei ein Bestandteil der Sozialordnung.

a) Die erste Aussage erscheint als zutreffend[28]: In der Tat grenzt das Recht gewisse Erscheinungen aus der Fülle der Erscheinungen als Einheiten aus und legt diesen Einheiten die Fähigkeit bei, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, macht sie also zu Rechtssubjekten, näherhin: zu Personen[29]. Das Verhalten der Personen zueinander regelt das Recht durch Abgrenzung ihrer "Sphäre der freien Thätigkeit" mittels Bestimmung ihrer Befugnisse und Pflichten gegeneinander. Daß durchs Recht soziale Schranken gezogen oder aufgestellt werden, lehrt der Blick vor allem in privatrechtliche Gesetze, in besonders deutlicher Weise der Blick auf eine Bestimmung wie § 910 BGB, nach welcher der Grundstückseigentümer vom Nachbargrundstück herübergewachsene Wurzeln und Zweige abschneiden darf. Die erste Aussage erscheint jedoch als nicht zutreffend, wenn sie so zu verstehen sein sollte, als erschöpfe sich in der "socialen Schrankenziehung" die Aufgabe des Rechts. Denn nicht wenige - vor allem öffentlich-rechtliche - Gesetze bestimmen nicht die "Grenzen der natürlichen Handlungsfreiheit des Einzelnen" (Laband[30]), sondern begründen eine "künstliche", d.h. vom Gesetz allererst geschaffene Handlungsfreiheit, wie das z.B. die Wahlrechtsbestimmungen der Verfassungen tun, von denen nicht gut gesagt werden kann, sie stellten soziale Schranken auf (etwa zwischen dem Wähler und dem Staat?); durch Rechtssätze dieser Art wird " die andere fundamentale Aufgabe des Rechtes, ... das Zusammenwirken in der

---

28) vgl. auch Vogel, VVDStRL 24, 125 (157 N.99).
29) vgl. Wolff, VwR I § 32 III.
30) s. oben, S. 127

menschlichen Gesellschaft zu ordnen" (Haenel[31]), erfüllt.

b) Als nicht zutreffend erscheint jedoch die andere Aussage,[32] die sich in der Behauptung Jellineks darstellt, ein personeninterner Vorgang könne nicht nach Rechtsnormen zu beurteilen sein, und die den Ausführungen Labands über verwaltungsinterne Regeln zugrundeliegt. Festzuhalten ist zunächst, daß die zweite Aussage keine Konsequenz der ersten Aussage ist, dergestalt, daß mit der Billigung dieser Aussage auch jene zu akzeptieren wäre. Zwar mag man - wie Laband und Jellinek das anscheinend tun - in räumlicher Anschauungsweise die Person (den Menschen) als einen Körper sich vorstellen, dessen Bewegungen in der Außenwelt vom Recht zu beurteilen und zu regeln sind, dessen Innenwelt hingegen vom Recht weder zu beurteilen noch zu regeln ist, weil der Zustand anderer Körper durch Vorgänge in dieser Innenwelt nicht affiziert wird. Die dieser Anschauungsweise entsprechende Beschränkung der Aufgabe des Rechts auf die Regelung von außenweltlichen Vorgängen schließt aber nicht eine Begrenzung der Zahl der Mittel für die Aufgabenerfüllung ein etwa derart, daß " rein innenweltliche" Vorgänge und Zustände nicht auch rechtlicher Beurteilung unterliegen könnten[33]. Denn für einen

---

31) Haenel, Studien II 208; vgl. auch Gierke, Schmollers Jb 7, 1097 (1127): Der charakteristische Unterschied des öffentlichen Rechts vom Privatrecht beruhe darauf, daß jenes Normen für das innere Leben der Gemeinwesen aufstelle, während dieses nur die äußeren Beziehungen der ihm in ihrem inneren Leben unerreichbaren Einzelwesen regele.- Darüber, daß Labands Ausgangspunkt für die Begründung wesentlich von zivilrechtlichen Gedankengängen bestimmt ist, und über die neben der "distributiven Gewalt" vorhandene "konstruktive Gewalt" des Rechts, die sich in der Zusammenordnung der Willenssphären und in der normativen Durchformung der so gebildeten Ganzheit zeigt, vgl. Holstein, Theorie der Verordnung 367 f.

32) vgl. Henkel, Rechtsphilosophie 136 f.

33) vgl. auch Radbruch, Rechtsphilosophie 131 f; Henkel, Rechtsphilosophie 136. Die Meinung, das Recht beurteile nur das äußere Verhalten von Personen und es nehme auf die Innenwelt der Personen keinen Bedacht, dürfte u.a.von Kants Ausführungen in der Einleitung in die Rechtslehre, § B (Werke IV 337) abhängen: Forts. s.S. 137.

wirksamen Schutz von Personen mag die rechtliche Beurteilung auch innenweltlicher Tatsachen erforderlich sein oder angezeigt erscheinen. Oder das Recht knüpft, im Anschluß an moralische Beurteilungen, eine Rechtsfolge an einen innenweltlichen Vorgang oder Zustand, der - mit den Worten Jellineks gesprochen - an sich keine Wirkungen anderen gegenüber äußert. Gemäß § 826 BGB z.B. hängt die "Rechtsfolge Schadensersatzanspruch" u.a. in der Regel davon ab, daß der Schädiger (neben dem Vorsatz der Schadenszufügung) Kenntnis von den Tatsachen hat, aus denen sich die Sittenwidrigkeit seines Handelns ergibt;[34] dieser innenweltliche Zustand der Kenntnis äußert "an sich keine Wirkungen anderen gegenüber" (solche Wirkungen äußert der Vorsatz der Schadenszufügung), gleichwohl unterliegt dieser Zustand rechtlicher Beurteilung, weil der Gesetzgeber ihn als zur Bildung einer Anspruchsvoraussetzung geeignet ansieht.

---

33) Forts. zu S. 136: "Der Begriff des Rechts, sofern er sich auf eine ihm korrespondierende Verbindlichkeit bezieht (d.i. der moralische Begriff derselben), betrifft erstlich nur das äußere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere, sofern ihre Handlungen als facta aufeinander (unmittelbar, oder mittelbar) Einfluß haben können. ... Drittens .... kommt auch gar nicht ... der Zweck, den ein jeder mit dem Objekt, was er will, zur Absicht hat, in Betrachtung ...". Welzel freilich (Naturrecht 166) findet in dieser und in anderen Äußerungen Kants nicht die Anschauung, daß Recht und Sittlichkeit sich durch den Gegenstand der Pflicht - "äußeres"Verhalten, "inneres" Verhalten - unterschieden; er verwirft (Naturrecht 165/166) die zeitweilig herrschende Ansicht, daß bei Kant diese von Thomasius vorgetragene Anschauung (siehe Naturrecht 164 f) wiederzufinden sei.

34) vgl. Erman-Drees, BGB, Anm. 2 c aa zu § 826.

II. Zur Bestimmung der Grenzen des Rechts gegenüber dem Bereich der Verwaltung kommt Laband auf diesem Wege: Bei Betrachtung der Situation gesellig lebender Menschen gewinnt er die richtige Einsicht, daß es - vereinfacht gesagt - nicht Aufgabe des Rechts ist, das Seelenleben der Menschen zu regeln, den verschiedenen Antrieben, Strebungen, Kräften, den verschiedenen " Seelen in der Brust" den Bereich ihrer Wirksamkeit anzuweisen; diese Einsicht überträgt er auf Menschengruppen innerhalb des Staates, in denen die Beziehungen der Gruppenangehörigen zueinander durch Anordnungen eines Prinzipals oder durch Beschlüsse der Gruppenangehörigen geregelt werden; das durch diese Übertragung gefundene Ergebnis überträgt er auf den verwaltenden Staat. Beide Übertragungen überzeugen nicht.

1. a) Was die Behauptung bedeutet, wenn ein Privatmann Anordnungen über die Führung seiner Fabrik erteile, so greife das nicht in die Sphäre des Rechtes ein, ist nicht klar, weil die Bedeutung des Ausdrucks "Sphäre des Rechts" ungewiss ist; denn die Erörterung des Laband'schen Gegensatzpaares "Sphäre des Rechts ←→ Sphäre der Tatsachen" (s. oben, S. 93 f.) hatte ergeben, daß zu der von Laband so genannten "Sphäre des Rechtes" auch Tatsachen gehören und zu der "Sphäre der Tatsachen" auch Nicht-Tatsachen. Der Behauptung Labands liegt anscheinend diese Vorstellung zugrunde: Der Fabrikarbeiter ist zwar Person, wenn er mit dem Fabrikanten den Arbeitsvertrag schließt, er ist aber nicht mehr Person, wenn und soweit er in Erfüllung des Arbeitsvertrages sich auf dem Fabrikgelände aufhält; an diesem Ort und zu dieser Zeit gilt nur der Wille des Fabrikanten, die Erteilung eines Befehls an den Arbeiter bleibt dann ebenso wohl im "Innenraum" des subjektiven, aus dem Arbeitsvertrag gewonnenen Rechts des Fabrikanten, wie wenn jemand einen ihm gehörenden Reisighaufen auf seinem eigenen Grundstück anzündet, ohne andere zu gefährden. Die mit dieser Vorstellung

gegebene Behauptung, daß ein Mensch einem anderen Menschen nicht als berechtigtes Subjekt, sondern gleich einer Sache oder einem Sklaven[35] als Objekt oder als lediglich verpflichtetes Subjekt gegenüberstehe, erscheint begründungsbedürftig. Laband gibt keine Begründung, und keine Begründung ist ersichtlich angesichts von Rechtssätzen, wie § 1 BGB, der die Person-Qualität des Menschen voraussetzt, oder § 618 BGB, der den Dienstverpflichteten bei Verletzung von Betriebsschutzbestimmungen durch den Dienstberechtigten zur Arbeitsverweigerung berechtigt[36], d.h. auch für die Zeit der Vertragserfüllung ihn als Person behandelt. Auch die Gleichsetzung des "Innenraums" der menschlichen Person mit dem "Innenraum" einer Kommune erscheint jedenfalls für das gegenwärtige Gemeinderecht als nicht zutreffend, weil Gemeinden durch (Satzungs- oder Verordnungs-)Beschlüsse über ihre eigenen Angelegenheiten (über Aufgaben des Selbstverwaltungsbereiches) Regelungen treffen können, die abstrakt und generell und auch für Gemeindefremde verbindlich sind, die also nach allen Auffassungen von den notwendigen Eigenschaften eines Rechtssatzes Recht darstellen und damit in die wie auch immer definierte "Sphäre des Rechtes" eingreifen.

b) Daß es "innerhalb der Verwaltung" keine "vom Recht anerkannten Willenssphären" gebe und daß folglich innerhalb der Verwaltung für einen Rechtssatz kein Raum sei, diese Behauptung hatte Laband lediglich durch eine Gleichsetzung der Situation des verwaltenden Staates mit der Situation des Fabrikanten in der Fabrik, des Gutsherrn auf dem Hof, der beschlußfassenden Gemeinde usw. begründet. Da sich ergeben hat, daß seine Anschauung von der Situation des Fabrikanten in der Fabrik usw. in der fehlgehenden Übertragung einer richtigen Einsicht

---

35) Darüber, daß der Sklave Pflichtsubjekt, aber nicht Person war, vgl. G. Jellinek, System 82.
36) vgl. Erman-Küchenhoff, BGB, Anm. 6a zu § 618.

in die Situation der natürlichen Person begründet ist, ist die Begründung für die Aussage über den Innenraum des verwaltenden Staates hinfällig.

2. Allerdings bleibt noch offen, ob Labands Ausführungen über den Rechtscharakter des verwaltenden Staates eine Begründung über diese Aussage für den rechtsfreien "Innenraum" der Verwaltung enthalten.

In diesen Ausführungen wird der Staat als organisierte Einheit, als eine juristische Person verstanden. Diese eine Staatsperson wird zunächst, für ihre verwaltende Tätigkeit, in ihrer Beziehung zum Recht dem einzelnen Menschen gleichgestellt und als ein Subjekt, als eine dem Recht unterworfene Einheit angesehen. In dieser Gleichstellung ist die Behauptung impliziert, daß " innerhalb" des ganzen Staates, innerhalb der gesamten staatlichen Organisation kein Raum für einen Rechtssatz sei: In dieser Anschauung des Staates als einer Person nach dem Bilde des Menschen ist der Staat eine vom Recht anerkannte Willenssphäre ("Persönlichkeit") ein Körper, der von dem Medium "Recht" lediglich umgeben, aber nicht durchdrungen ist, weil nur an seiner Außenfläche ein Kontakt mit einem anderen Körper (einer "Persönlichkeit") möglich ist; die Relationen der Teile des Körpers (vor allem der Staatsorgane) zum ganzen Körper und untereinander unterliegen dann ebensowenig rechtlicher Beurteilung wie die Beziehungen eines Menschen zu seinem Magen oder die zwischen seinem Magen und seiner Leber[37]. Doch die Behauptung, daß es "innerhalb" des ganzen Staates keinen Rechtssatz gebe, spricht Laband nicht aus, und zwar offensichtlich deswegen nicht, weil er es vermeiden möchte, die organisatorischen Verfassungsbestimmungen - abgesehen von solchen, die Wirkungen außerhalb des Verwaltungsapparates haben

37) vgl. auch Haenel, Studien II 231.

38) s. Laband, StR II 184; vgl. dazu Rupp, Grundfragen 91.

als Nicht- Rechtssätze zu qualifizieren. Vielmehr nennt er die Staatsverfassung das wichtigste Stück der staatlichen Rechtsordnung und begründet das so: Da jede juristische Person ein Gebilde des Rechts sei, so sei auch die Organisation derselben durch die Rechtsordnung bestimmt und geregelt, und die Bildung und Wirksamkeit ihrer Organe beruhe auf Rechtssätzen. So wie die Grundformen und Organe aller juristischen Personen auf dem Gebiet des Privatrechts durch Rechtssätze vorgezeichnet oder durch Statut normiert seien, so hätten auch alle juristischen Personen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts Organe, die von Rechts wegen bestünden: dies gelte vor allem vom Staate.[39]

Diese Darlegungen Labands überzeugen nicht davon, daß zwar Bildung und Wirksamkeit der zur Verwaltung gehörenden Staatsorgane auf Rechtssätzen beruhen können, nicht aber ihr Verhalten zueinander durch das Recht geregelt sein könne. Denn in dem Satz "Jede juristische Person ist ein Gebilde des Rechts" ist der erklärungsbedürftige Ausdruck "juristische Person" durch den ebenfalls erklärungsbedürftigen Ausdruck "Gebilde des Rechts" "erklärt". So ist denn mit diesem Satz nichts gesagt, das zur Begründung der Behauptung beitrüge. Dies wird deutlich an der Überlegung, daß z.B. die "natürliche Person", entgegen dem durch das Adjektiv "natürlich" erweckten Anschein, ebenfalls ein "Gebilde des Rechts" ist[40], daß gleichwohl von der Rechtsordnung

---

39) Laband, StR II 184.

40) In diesem Sinne ist auch die "natürliche" Person eine "juristische" Person, vgl. Wolff, VwR I § 32 III c 1. Vgl. auch Jellinek, System 82: Die Persönlichkeit selbst sei iuris publici; der Staat schaffe die Persönlichkeit in erster Linie durch Zuerkennung der Fähigkeit, seinen Rechtsschutz wirksam anzurufen.

nicht die "Organisation" dieser Person oder Komposition des Menschen als ihres Substrats (Körperbau und Gestalt, Verfassung und Fähigkeiten der Seele usw bestimmt ist, sondern lediglich menschliche Abstammung als Voraussetzung der Person-Qualität normiert wird. Nun ist mit Laband davon auszugehen, daß die organisatorischen Verfassungsbestimmungen Rechtssätze sind: Durch welche Normen, wenn nicht durch Rechtsnormen, sollten etwa die in Art.93 I Nr. 1 GG genannten "Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans" bestimmt sein? Aber abgesehen von dem Begründungsversuch mittels Rekurses auf das "Gebilde des Rechts" ist in den Darlegungen Labands zum Organisationsrecht keine Begründung dafür zu finden, daß es zwar Organisations- Rechtsnormen, aber keine Verhaltens- Rechtsnormen "innerhalb der Verwaltung" gebe, ist in ihnen keine Erklärung dafür zu finden, wie die Anschauung des Staates als einer/das Recht nicht durchdringbaren, als einer impermeablen juristischen Person sich mit der Rechtssatzqualität von organisatorischen Verfassungsbestimmungen vereinbaren lasse. Da nun, wie oben ausgeführt, mit dieser Staatsanschauung die Annahme unvereinbar ist, es könne zwischen dem verwaltenden Staat ("der Verwaltung") und dem gesetzgebenden Staat rechtlich geordnete Beziehungen geben, ist diese Staatsanschauung zu verwerfen. Ist aber diese Anschauung als unrichtig erkannt, so gibt sie keinen Halt für die Behauptung, Regeln, die sich innerhalb der Verwaltung selbst hielten, seien keine Rechtssätze.

III. 1. Jellineks Definition des materiellen Gesetzes mit Hilfe der "socialen Schrankenziehung" als des nächsten Gesetzeszwecks [42] deutet zwar, über Labands Ausführungen hinaus, durch die Einführung des Zweckbegriffs einen zusätzlichen Maßstab an, welcher

---

41) s. oben, S. 128
42) s. oben, S. 129

zur Entscheidung der Frage dienlich sein mag: Rechtssatz oder Nicht - Rechtssatz? Freilich ist die Brauchbarkeit dieses Maßstabs dadurch eingeschränkt, daß der Gesetzgeber oft mannigfache Zwecke verfolgt, die auf dem Wege der Formulierung der Gesetzesmotive und des Gesetzestextes zu Gesetzeszwecken werden, und daß oftmals nicht sicher gesagt werden kann, der eine Gesetzeszweck sei der nächste, der andere sei der zweitnächste usw.: Nach welchem Kriterium soll entschieden werden, dieser oder jener Zweck sei der nächste? Wer oder was macht einen Zweck zum nächsten Gesetzeszweck? Es ist, um Jellineks Beispiel aufzugreifen, ein Gesetz über die Wehrpflicht vollstellbar, das lediglich um der "Wehrgerechtigkeit" willen erlassen wurde, bei dem dieser Gesetzeszweck dermaßen vorwiegt, daß die "sociale Schrankenziehung", die in der Statuierung von Ersatzdienstpflichten der nicht einberufenen Wehrpflichtigen liegt, lediglich als Mittel zur Erreichung dieses Gesetzeszwecks erscheint. Vor allem aber ändert die Verwendung des Zweckbegriffs in der Definition des Rechtssatzes nichts daran, daß auch dabei die oben genannte[43] andere Aufgabe des Rechts, das Zusammenwirken in der menschlichen Gesellschaft zu ordnen, nicht berücksichtigt ist, daß also auch diese Definition schief oder gar falsch ist und deswegen nicht dazu hilft, den möglichen Inhalt formeller Gesetze in Rechtssätze, Anordnung von Verwaltungsakten und Rechtssprüche[44] zu differenzieren.

Die nunmehr zu erörternden Ausführungen Jellineks über den Staat als Persönlichkeit und das Organisationsrecht stellen sich als eine Modifikation der Anschauung des Staates als einer einheitlichen Persönlichkeit (dazu a)) und als

---

43) s. oben S. 135/136
44) Zu dieser Differenzierung s. oben S. 129 (G. Jellinek).

eine Einschränkung dieser Modifikation (dazu b)dar.

a) Nach Jellineks Ausführungen über das Recht als "sociale Schrankenziehung" stünde zu erwarten, daß er die innere Staatsordnung deswegen als Rechtsordnung qualifizierte, weil sie soziale Schranken aufstelle. Statt dessen begründet er diese Qualifizierung damit, daß die innere Staatsordnung "da sei für" die Volksgemeinschaft.

Keine Bedenken sind gegen die Wahrheit des Satzes ersichtlich, daß die Staatsordnung für die Volksgemeinschaft da sei, und ebensowenig sind Bedenken gegen den Übergang zu den Aussagen ersichtlich, es bestehe ein allgemeines Interesse an der Beachtung der Normen über die staatliche Willensbildung und der Staat bewähre sich als Hüter dieses Gemeininteresses. Im Fortgang der Begründung jedoch wird das Gemeininteresse unvermittelt als ein rechtliches Interesse bezeichnet. Mit dem Ausdruck "rechtliches Interesse" ist anscheinend gemeint: "vom Recht anerkanntes oder geschütztes Interesse". Ist dies der Sinn des Ausdrucks, so erscheint die Verwendung des Attributs "rechtlich" als Vorwegnahme dessen, was in der Begründung erst gezeigt werden sollte: daß das Volk nicht nur ein Interesse, sondern auch ein Recht (in Gestalt von Ansprüchen) auf Beachtung der Organisationsnormen habe.

Einer Erläuterung oder Begründung entbehrt auch die Behauptung, die Volksgemeinschaft sei identisch mit dem Staat. Bedenken gegen diese Behauptung [45] ergeben sich aus der Erwägung, daß in Konsequenz dieser Identität der Untergang der Volksgemeinschaft mit dem Untergang des Staates verbunden wäre. Man wird jedoch z.B. für die Zeit nach dem Zusammenbruch des Großdeutschen Reiches 1945 die fortdauernde

---

45) vgl. auch Haenel, Studien II 219, 220.

Existenz eines deutschen Volkes anzunehmen haben, das gemeinsame, gerade in der Situation des Staatszusammenbruchs begründete Interessen hatte, u.a. das Interesse an " der Aufrechterhaltung der staatlichen Kompetenzen" durch lokale und regionale Organe wie Landräte und Oberpräsidenten, das deswegen weiterhin Volksgemeinschaft war, mochte das Reich nur handlungsunfähig geworden oder mochte es untergegangen sein. Folgt man dessen ungeachtet dem Autor auf dem Wege der Identifizierung der rechtlich interessierten Volksgemeinschaft mit dem Staat, so mangelt es doch an einer Erklärung, wieso und in welchem Umfang die innere Staatsordnung Rechtsordnung sei. Denn hält man an der Anschauung des Staates als einer einheitlichen, menschengleichen Person fest - wie Jellinek das tut -, so kann die interne Ordnung dieser Person keine Rechtsordnung sein. Zieht man jedoch die Linien der von Jellinek gegebenen Begründung aus, so kann nicht mehr nur von einem" zwiefältigen Charakter"des Staates die Rede sein, so muß vielmehr die Rede sein von zwei Staatspersonen, weil nur zwischen wenigstens zwei Personen "sociale Schrankenziehung" und damit Recht möglich ist. Diese Vorstellung von zwei Staaten, z.B. in dem einen Staat, der "Königreich Sachsen" hieß, kann mit den Vorstellungen und Festsetzungen einer konstitutionellen Verfassungsurkunde[46] nur durch die Annahme, daß die beiden Staatspersonen eine Staatsperson auf eine nicht erklärte Weise seien, die man wohl ebensowenig erklären könnte wie die von Theologen diskutierte Dreieinigkeit Gottes, zur Deckung gebracht werden.

b) In Jellineks Qualifizierung der "ganzen inneren Staatsordnung" als Rechtsordnung gibt es keinen Unterschied hinsichtlich der Rechtssatzqualität zwischen einzelnen Organisationsnormen, mögen sie auf Gesetzen oder Rechtsverordnungen oder sonstigen

---

46) Vgl. z.B. sächsVf.1831, § 1: "Das Königreich Sachsen ist ein unter Einer Verfassung vereinigter, untheilbarer Staat des teutschen Bundes".

Emanationen von Verwaltungsbehörden beruhen. Dieser Unterschied soll erst durch die Unterscheidung von "Recht und Pflicht schaffenden Sätzen" und "Sätzen, die nur von bestehender Pflicht Gebrauch machen" markiert werden. Sollen diese Ausdrücke zur Markierung des von Jellinek gemeinten Unterschiedes tauglich sein, so müssen sie einen wie auch immer gearteten Gegensatz (einen kontradiktorischen, konträren, usw.) bezeichnen.

Dem Ausdruck "Sätze, die von einer bestehenden Pflicht Gebrauch machen" ist nicht anzusehen, daß er den einen Gegensatz erfassenden Sinn haben solle "Sätze, die von einer bestehenden Pflicht Gebrauch machen, schaffen nicht eine (neue) Pflicht", mag Jellinek auch - ohne das zu sagen - diesen Sinn in dem Ausdruck finden. In der Tat werden denn auch durch Gesetze, die von bestehender Pflicht Gebrauch machen, (neue) Pflichten geschaffen. Dies ist an dem von Jellinek gebrachten Beispielsfall einer gesetzlichen Anordnung, daß die Regierung eine Universität errichte, zu sehen. Eine vor Inkrafttreten einer solchen gesetzlichen Anordnung bestehende Pflicht der Regierung, die Gesetze auszuführen, ist teils ausdrücklich normiert - z.B. Art.20 III GG -, teils in den verfassungsgesetzlich normierten Formeln für den Ministereid [47] angedeutet. Eine von dieser allgemein umschriebenen Pflicht verschiedene, weil auf eine bestimmte Tat- und Rechtshandlung der Regierung gerichtete Pflicht, eine neue Pflicht ist demgegenüber die durch Gesetz statuierte Pflicht der Regierung, eine Universität zu gründen. Das ergibt ein Vergleich der beiden Antworten, die in der Situation vor Erlaß und in der Situation nach Erlaß des Gesetzes auf die Frage "Handelt die Regierung pflichtwidrig, wenn sie in Czernowitz [48] keine Universität gründet?" abzugeben sind: die Antwort in der

47) vgl. z.B. Art.53 I 2 nwVf: "Ich schwöre, daß ich Verfassung und Gesetz wahren ... werde".
48) Beispiel von G.Jellinek, Gesetz 240 N.22.

ersten Situation lautet "Nein", in der zweiten Situation aber "Ja". Die Pflicht zur Universitätsgründung wird also durch das Gesetz allererst geschaffen, mag sie daneben auch auf Verfassungsrechtssätzen von der Art eines Art.20 III GG beruhen.

Man mag noch zweifeln, ob die von Jellinek zur Abgrenzung von Recht und Nicht-Recht herangezogene Entgegensetzung von "Pflicht schaffen" und "Pflicht gebrauchen" einen Gegensatz bezeichne dergestalt, daß zwar in den beiden von Jellinek dem Recht oder dem Nicht-Recht zugerechneten Fallgruppen jeweils durch das Gesetz eine Pflicht geschaffen würde, daß aber nur in den dem Nicht-Recht zugerechneten Fällen von einer bereits bestehenden Pflicht Gebrauch gemacht würde. Allein, ein solcher Gegensatz ist nicht vorhanden. Denn auch bei Erlaß solcher Gesetze, die Jellinek als Pflicht schaffende Gesetze dem Recht zurechnet, wird von einer bereits bestehenden Pflicht der Subjizierten Gebrauch gemacht. Diese bestehende Pflicht ist die allgemeine Gehorsamspflicht aller, die sich im Staatsgebiet aufhalten; sie wird u.a. begründet durch die Einreise in das Staatsgebiet. Die allgemeine Gehorsamspflicht ist in vielen Verfassungen nicht ausdrücklich normiert, wird aber z.B. ausgesprochen in § 24 der sächs.Verfassung von 1831[49]:

> Der Aufenthalt innerhalb der Gränzen des Staats verpflichtet zur Beobachtung der Gesetze desselben, und begründet dagegen den gesetzlichen Schutz.

Wo die allgemeine Gehorsamspflicht nicht ausdrücklich statuiert ist, wird sie als eine mit dem modernen Staat gegebene Selbstverständlichkeit vorausgesetzt; auch Jellinek anerkennt die Existenz dieser Pflicht, der "allgemeinen Subjektionspflicht der Individuen"[50]. Wieso bei der Schaffung neuer Pflichten z.B. durch ein Steuergesetz von dieser allgemeinen Subjektionspflicht kein Gebrauch gemacht werde - so

49) s. Pölitz, Verfassungen I 220 (225).
50) G. Jellinek, System 239.

anscheinend die Behauptung Jellineks[51)] - ist unerfindlich; die am Beamtendienstvertrag exemplifizierte Entgegensetzung "Anwendung objektiven Rechts ←→ Anwendung subjektiven Rechts" vermag das nicht zu erklären, da der Gesetzgeber bei Erlaß des Steuergesetzes die allgemeine Subjektionspflicht nicht normiert, sondern an deren Normierung durch den Verfassungsgeber anknüpft und sie also gebraucht.

Jellineks Unterscheidung von "Recht und Pflicht schaffenden Sätzen" und "Sätzen, die nur von bestehender Pflicht Gebrauch machen" ist demnach nicht geeignet, den einen Teil der durchs Gesetz geschaffenen Normen für das Verhältnis des Staates zu seinen Organen als Rechtsnormen, den andern Teil aber als Nicht-Rechtsnormen zu qualifizieren.

§ 8 Anschütz: Das Recht als Eingriff in "Freiheit und Eigentum"

A. Darstellung

Anschütz war anfänglich[1)] den Lehren Labands und Jellineks zum Rechtssatzbegriff gefolgt[2)]. Später wurde er der Hauptverfechter der Lehre, daß die Zuständigkeit der Legislative in den konstitutionell-monarchischen Staaten Deutschlands durch den materiellen Gesetzesbegriff abgegrenzt werde und daß der materielle Gesetzesbegriff durch die in den Verfassungen Bayerns, Badens und mehrerer deutscher Kleinstaaten verwendete "Freiheit und Eigentum" - Klausel definiert werde.[3)] 4)

Im Zusammenhang der Erörterung des Gesetzesbegriffs vor Erlaß der Verfassung in Preußen führt

51) Vgl. allerdings auch seine Ausführungen Gesetz
1) in seiner Schrift Kritische Studien zur /234.
Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz (Diss Halle, Leipzig 1891).
2) vgl. Böckenförde, Gesetz 254 ff.
3) Diese Lehre vertrat er zuerst in der Abhandlung Die gegenwärtigen Theorieen über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königl. Verordnungsrechts nach Preuß.Staatsrecht (1.Aufl 1898), vgl. Böckenförde Gesetz 254 N.2.

Anschütz aus, das Wesen der Rechtsnorm sei, daß sie die Rechte der Privatpersonen, d.h. ihr Verhältnis unter sich und zum Staate, tangiere. Deshalb werde bereits durch die im Entwurf des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1784 gebrauchte Wendung "Gesetze, welche die Rechte der Privatpersonen betreffen" [5] der materielle Gesetzesbegriff in seinem vollen Umfange (umfassend Rechtsnormen jeder Art) bezeichnet und erläutert, nicht aber beschränkt.[6] Desgleichen wolle die in den Verfassungen von Nassau, Bayern, Baden usw. verwendete Formel "Gesetze, welche die Freiheit der Personen und das Eigentum betreffen" nicht das Gebiet der Gesetzgebung zerteilen, sondern sie wolle die trennende Linie zwischen dem ganzen Gebiet der Gesetzgebung und dem ganzen Gebiet der Verordnung ziehen, sie wolle der konstitutionellen Legislative alle Gegenstände der materiellen Gesetzgebung, der rechtssatzmäßigen Regulierung, überweisen.[7] Auch diese Formel definiere den materiellen Gesetzesbegriff in zutreffender und erschöpfender Weise. Denn es sei das Wesen jedes Gesetzes im materiellen Sinne, jeder Rechtsvorschrift, daß sie der persönlichen Freiheit im allgemeinen und dem Privateigentum insbesondere Maß und Schranken setze.[8] Mit den Ausdrükken

---

4) zu S. 148: vgl. Böckenförde, Gesetz 271.

5) In § 13 des 1784 gedruckten Entwurfs des Allgemeinen Landrechts - des damals sogen. Allgemeinen Gesetzbuchs - heißt es (zit. nach Anschütz, Theorieen 128): " Neue Gesetze, welche die Rechte der Privatpersonen betreffen, sollen, ehe sie zur königlichen Vollziehung gelangen, der Gesetzkommission zum rechtlichen Gutachten vorgelegt werden."

6) Anschütz, Theorieen 128.

7) ders. ebenda 168.

8) ders, ebenda 169. An diesen Ausführungen hat Anschütz festgehalten durch deren z.T. wörtliche Übernahme in das von ihm bearbeitete Lehrbuch des deutschen Staatsrechts von Georg Meyer, vgl. Meyer-Anschütz, StR 655 ff.

"(Freiheit und Eigentum) betreffen ","Maß und Schra
setzen" meint Anschütz nicht die Berührung von Frei
und Eigentum, sondern den Eingriff in Freiheit und
Eigentum des Untertanen,[9] wie sich z.B. aus seiner
Behauptung, Rechtsnorm sei nur die Norm, welche mit
Gebot oder Verbot in das Eigentum oder die Freiheit
der Individuen eingreife,[10] ergibt. Mit den Wörtern
"Untertan" und "Individuum" meint Anschütz nicht
jeden der Staatsgewalt unterworfenen Menschen, son-
dern nur den im allgemeinen Gewaltverhältnis leben
Menschen[11]. Hiernach sind Beamte, Soldaten und An-
staltsbenutzer als solche nicht "Untertanen";
sie leben vielmehr "innerhalb" des Staates in einem
besonderen Gewaltverhältnis[12]. Allgemeine Anordnun
gen der Verwaltung an Beamte, Anstaltsbenutzer usw.
sind demnach nicht Rechtssätze (Rechtsverordnungen)
sondern Verwaltungsverordnungen: sie bringen Rechts
wirkungen lediglich innerhalb der Verwaltung, nicht
gegenüber den Untertanen[13], hervor.

Die Bedeutung des so definierten und erläutert
materiellen Gesetzesbegriffs liegt für Anschütz vor
allem darin, daß mit seiner Hilfe in den Verfassung

9) Vgl. Böckenförde, Gesetz 272/273.

10) Anschütz, Theorieen 97; vgl. auch ebenda, 72/73:
Es komme darauf an, ob die Regierung neues Recht
setzen, d.h. Vorschriften erlassen dürfe, welche
den Untertanen neue Zwangsverpflichtungen, Laste
und Leistungen auferlegen.

11) vgl. Anschütz, Theorieen 73-76; 81 ff, insb. 83
Das preußische Pensionsreglement vom 30.4.1825
(s. aaO 82) enthalte nicht Normen, welche Frei
und Eigentum der Untertanen beschränkten, sei e
Verwaltungsverordnung , welche lediglich Inter
des Staatsorganismus regele. Vgl. auch aaO.81:
ganze Besoldungswesen sei nicht Gegenstand der
Gesetzgebung.

12) Böckenförde, Gesetz 273. Zu den Bedenken gegen d
damit gegebene Einengung des Rechtsbegriffs bei
heutigen Verfassungslage (Art.19 IV GG) vgl. Kr
Rechtsverordnung 219 f.

13) Anschütz in Meyer-Anschütz, StR 669 N.4.

der konstitutionell-monarchischen Staaten Deutschlands die Zuständigkeit der Legislative abgegrenzt werde: Sowohl in den Verfassungen, welche die gesetzgebende Gewalt dem Fürsten und dem Landtag zu gemeinschaftlicher Ausübung zuwiesen[14] bzw. zu jedem Gesetz die Zustimmung des Landtags erforderten[15], als auch in den Verfassungen, welche die Mitwirkung des Landtags zum Erlaß solcher Gesetze statuierten, die die Freiheit der Person und das Eigentum betreffen[16], sei mit dem Ausdruck "Gesetz" das "materielle Gesetz" in dem dargelegten Sinn gemeint.[17]

B. Kritik

I. Durch seine Definition des Begriffs des Rechtssatzes (des materiellen Gesetzes) mit Hilfe der Formeln "Gesetze, welche die Rechte der Privatpersonen betreffen" und "Gesetze, welche die Freiheit der Personen und das Eigentum betreffen" engt Anschütz den Begriff des Rechts noch stärker ein, als Laband und Jellinek das tun, da nach dieser Definition gewährende Gesetzesbestimmungen - z.B. in Besoldungsgesetzen[18] - keine Rechtssätze sind.[19] Diese Definition erscheint als nicht tauglich, den Begriff des Rechtssatzes und des Rechts zutreffend zu bestimmen. Gegen sie ist zunächst zu sagen, daß sie ebenso wie die Definition mit Hilfe der Formel von der "socialen Schrankenziehung" die andere Aufgabe des Rechts, das Zusammenwirken in der menschlichen Gesellschaft zu ordnen, gänzlich unberücksichtigt läßt (s. oben S.135/136).

---

14) z.B. pr.Vf 1850, Art.62.
15) z.B. § 86 sächsVf 1831; § 88 württVf 1819.
16) z.B. Tit. VII § 2 BayVf 1818; § 65 badVf 1818.
17) Anschütz in Meyer-Anschütz, StR 652/654 ff.; so auch schon ders, Theorieen 168 N.163.
18) s. oben S.150 N.11
19) vgl. Böckenförde, Gesetz 273.

II. Weiterhin ist gegen diese Definition mit Hilfe der verschiedenen Varianten der "Freiheit und Eigentum"-Formel zu sagen, daß die genannten Formeln an ihrem Ort den Sinn nicht haben, den Anschütz ihnen unterlegt, daß Anschütz also zur Begründung seiner Definition sich nicht auf einen Sprachgebrauch berufen kann, mit dessen Anwendung der Gesetzgeber hätte möglicherweise nicht bloß unverbindlich definieren, sondern anordnen wollen, was als Recht zu behandeln sei und was nicht.

1. Die "Freiheit-und Eigentum"-Formel als Formel zur Abgrenzung der Kompetenz der Stände erscheint zuerst in dem Patent des Herzogs und des Fürsten zu Nassau vom 1./2.September 1814, das die Verfassung des Herzogtums Nassau enthält, die erste deutsche landständische Verfassung nach der Auflösung des Rheinbundes überhaupt[20]. Im § 2 aaO wird eingangs gesagt, die politische Stellung der Landstände und "die vollständige Bezeichnung desjenigen Antheils, den Wir ihnen an allen Zweigen der Gesetzgebung einräumen können und werden", hänge von der Bestimmung der Verhältnisse des Herzogtums zu dem künftigen Gesamtverein der deutschen Staaten ab. Vorläufig versprechen die Herzöge, daß sie die Sicherheit des Eigentums und der persönlichen Freiheit unter die mitwirkende Gewährleistung der Landstände stellen. Diese sollen darüber wachen, "daß die freie Wirksamkeit der obersten Justizbehörden niemals beschränkt werde, daß willkührliche Verhaftungen ... nie ... Statt finden ... daß keiner Unsrer Unterthanen jemals seinem ... ordentlichen Richter ... entzogen werde. Zu dem Ende legen Wir sofort Unsern Landständen nachfolgende Rechte bei:

1) (Einwilligung der Landstände zu Änderungen an schon erlassenen Gesetzen über bürgerlic und Gewerbefreiheit sowie Abgabengleichheit erforderlich) "Ueberdies sollen wichtige, das Eigenthum, die persönliche Freiheit und Verfassung betreffende neue Landesgesetze nicht ohne den Rath und die Zustimmung der

20) vgl. Pölitz, Verfassungen I, 1008

Landstände eingeführt werden." 21)

Diese Fassung geht zurück auf Anregungen und Wünsche des Freiherrn vom Stein, denen die nassauischen Herzöge durch entsprechende Formulierung des Verfassungstextes nachkamen[22], insbesondere auf den folgenden Punkt seiner Denkschrift über eine ständische Verfassung im Herzogtum Nassau d.d. Nassau 24. August 1814[23]:

> Die wesentlichen Befugnisse der Stände, so aus ihrer Bestimmung folgen, sind:
>
> .....
>
> 4) Teilnahme an der Gesetzgebung, so daß kein das Eigentum, die persönliche Freiheit oder die Verfassung betreffendes Gesetz ohne Zustimmung der Stände gültig sei, wohingegen alle zur Ausübung und Anwendung der vorhandenen Gesetze nötigen Verfügungen dem Landesherrn allein überlassen bleiben;

Zu derselben Zeit (August/September 1814[24]) schrieb Stein eine ähnliche, mit dem Wortlaut des § 2 Nr.1) S.2 der nassauischen Verfassung von 1814 weithin übereinstimmende Bemerkung zum 2.Entwurf der Grundlagen einer deutschen Bundesverfassung des Fürsten Hardenberg. Dieser Entwurf sah vor, daß in jedem zum Deutschen Bunde gehörenden Staat eine ständische Verfassung eingeführt oder aufrechterhalten werden solle; die Befugnisse der Stände sollten vorzüglich "ein näher zu bestimmender Anteil an der Gesetzgebung, Verwilligung der Landesabgaben, Vertretung der Verfassung bei dem Landesherrn und bei dem Bunde"[25] sein. Stein präzisierte diesen Punkt des Entwurfs in der folgenden Bemerkung[26]:

21) s. Pölitz, Verfassungen I 1009 (1011)
22) vgl. Lehmann, Stein III 398 ff (401); vgl. auch den Brief Marschalls v.Bieberstein an Stein d.d. Wiesbaden, 31.August 1814 (Stein,Briefe V 130).
23) zit. nach: Stein, Briefe V 124 ff.
24) s. Stein, Briefe V 141 (Datierung der Bearbeiter)
25) § 7. des Entwurfs, s. Stein, Briefe V 841 ff. (843).
26) zitiert nach: Stein,Briefe V 141.

ad § 7. Wichtige, das Eigentum, die persönliche Freiheit und die Verfassung betreffende neue Landesgesetze können ohne den Rat und die Zustimmung der Landstände nicht eingeführt werden.

2. An zwei Punkten dieser ersten Formulierungen der "Freiheit und Eigentum" - Klausel, die aller späteren Verwendung in Gesetzen Preußens und Verfassungen deutscher Mittel- und Kleinstaaten als Muster gedient haben,[27] ist zu sehen, daß Anschütz' Interpretation der Klausel deren Sinn verfehlt.

Zum einen rechnen sowohl Stein als auch die Nassauische Verfassung von 1814 " die Verfassung" zum"Gebiet der Gesetzgebung " [28]. Diese Zurechnung zum "Gebiet der Gesetzgebung" wird besonders deutlich an der Tatsache, daß Steins Bemerkung " ad § 7." eine von Hardenberg offengelassene nähere Bestimmung des "Anteils an der Gesetzgebung" sein sollte. Diese Zurechnung wird auch daran deutlich, daß in der Nassauischen Verfassung die Kompetenzformel des § 2 Nr.1) S.2, im Zusammenhang mit den einleitenden Sätzen des Paragraphen, als die unvollständige und vorläufige Bezeichnung des den Ständen einzuräumenden Anteils " an allen Zweigen der Gesetzgebung" erscheint.

Zum andern ist in der jeweiligen Verwendung der Wörter "Gesetz" und "Gesetzgebung" bei Stein und in den einschlägigen Verfassungen die Anschauung zu finden, daß der Bereich der Gesetze, das Gebiet der Gesetzgebung größer sei als der "Wirkungskreis" [29] der Stände. Diese Anschauung zeigt sich insbesondere an dem Gebrauch, der von Ausdrücken wie "wichtig" [30], " die persönliche Freiheit betreffend" [30], " das

---

27) vgl. Anschütz, in Meyer-Anschütz, StR 656 N.b.
28) Terminus bei Meyer-Anschütz, StR 656.
29) vgl. die Überschrift zum VII.Titel der bayerischen Verfassung von 1818.
30) § 2 Nr. 1) S.2 nassVf. 1814 (Pölitz, Verfassungen I 1009 - 1011); Stein, Briefe V, 141 (s. vorstehend).

Eigenthum der Staatsangehörigen" - nicht aller Einwohner! - betreffend[31] usw. als Attributen zu dem Wort "Gesetz" in der jeweiligen Version der "Freiheit und Eigentum"-Klausel gemacht wird. Denn will man nicht die gänzlich entfernt liegende Möglichkeit als realisiert ansehen, daß der verfassunggebende Fürst sich mit epitheta ornantia über das zentrale Thema des Wirkungskreises der seit den Befreiungskriegen erstrebten Nationalrepräsentionen oder Landstände ausläßt, so können diese Attribute nur den Sinn haben, den jedes Begriffsmerkmal hat: näher zu bestimmen, Arten innerhalb einer Gattung abzugrenzen, näherhin: die Stände auf die Mitwirkung an dem Erlaß eines Teiles der Gesetze zu beschränken, also - entgegen der Ansicht von Anschütz - das Gebiet der Gesetzgebung zu zerlegen. Ein deutliches Beispiel schließlich dafür, daß man in der Nachfolge der Verfassungen von Nassau, Bayern usw. das Gebiet der Gesetzgebung als durch die "Freiheit und Eigentum"-Klausel zerlegt ansah, liefert das Grundgesetz für das Herzogthum Sachsen-Altenburg vom 29.April 1831. Nachdem dort in § 201 das Erfordernis ständischer Zustimmung insbesondere zum Erlaß allgemeiner neuer Gesetze, "welche die Freiheit der Personen oder das Eigenthum aller Staatsangehörigen, ingleichen die Grundverfassung und die Militairaushebung betreffen", statuiert ist[32], wird in § 210 bestimmt,[33]:

---

31) s. Tit.VII § 2 bayVf 1818: "Ohne den Beyrath und die Zustimmung der Stände des Königreichs kann kein allgemeines neues Gesetz, welches die Freyheit der Personen oder das Eigenthum der Staats-Angehörigen betrifft, erlassen, noch ein schon bestehendes abgeändert, authentisch erläutert oder aufgehoben werden."; vgl. auch die durchweg gleichlautenden Wendungen der badischen Verfassung von 1818, § 65 (Pölitz, Verfassungen I 461-468-).

32) s. Pölitz, Verfassungen I 856 (891/892).

33) s. Pölitz, ebenda 892/893.

Allgemeine Landesgesetze, welche nicht die Freiheit der Person und das Eigenthum aller Unterthanen betreffen, werden den Ständen zu ihrer Begutachtung mitgetheilt. Der Landesherr wird ihre Bemerkungen bei weiterer Erörterung der Sache in Erwägung ziehen,und sie benutzen, so weit Er es zweckmäßig erachtet.

§ 9 Das Recht als ein Inbegriff von allgemeinen Normen

1. Mit der Lehre von der Allgemeinheit des Gesetzes im materiellen Sinne oder des Rechtssatzes hat es eine eigene Bewandtnis. Der 1971 erschienenen Auflage eines Studienbuchs zum Verwaltungsrecht [1] ist zu entnehmen, daß Gesetz im materiellen Sinn nach der herrschenden Lehre jeder positive (abstrakte und generelle) Rechtssatz sei. Akzeptiert man diese Definition, so wird man viele Sätze des Haushaltsplans nicht als Rechtssätze auffassen können, weil sie nicht abstrakt sind - eine Konsequenz, die Georg Meyer für den Staatshaushalts-Etat gezogen hat [2]. In einem seit 1958 erscheinenden Kommentar zum Grundgesetz hingegen liest man, eine "ältere Lehre" habe unter Gesetz im materiellen Sinne den generell-abstrakten Rechtssatz verstanden [3] weiterhin, heute könne weniger denn je davon die Rede sein, daß die dem Bundestag durch Art.77 I 1 GG erteilte Ermächtigung durch Gesetzgebung ausschließlich auf den Erlaß generell-abstrakter, allein an der Gerechtigkeitsidee orientierter Rechtssätze sich erstrecke [4]. Ungewiß bleibt, an welche Autoren bei der Erwähnung "einer älteren Lehre" gedacht ist.

---

1) Hans J.Wolff, Verwaltungsrecht I ,8.Aufl. München 1971, § 24 II c 1.
2) G.Meyer, GrünhutsZ 8,1 (48).
3) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr.94 zu Art.2o.
4) dieselben, ebenda, Rdnr. 97 zu Art.2o; vgl. auch Vogel, VVDStRL 24, 125 (167).

Offenbar ist nicht an Autoren wie Carl von Rotteck[5], Lorenz von Stein[6], Friedrich Julius Stahl[7] und Robert von Mohl[8] gedacht, da zu ihrer Zeit der Gebrauch des Ausdrucks "Gesetz im materiellen Sinne" noch nicht eingeführt war. Mit der "älteren Lehre" könnte aber die Lehre gemeint sein, die u.a. durch v. Rönne[9], Georg Meyer[10], Otto Mayer[11], Thoma[12] und Walter Jellinek[13] repräsentiert wird. Die von ihr vertretene Ansicht war freilich - darf man Heller[14] glauben - um die Jahre 1923/25 wenn nicht tot, so doch im Zustand des Schlafes, aus dem sie "wieder erweckt worden ist" von Kelsen und Carl Schmitt[15]; jedoch immer noch herrschend war, trotz dieser Wiedererweckung, die durch Laband[16], Georg Jellinek[17] und Anschütz[18] gegenüber den Ansichten v.Rottecks, v.Steins usw. zur Herrschaft gebrachte[19] Lehre, die das Erfordernis, daß der Rechtssatz eine allgemeine Vorschrift setze, verneinte.

---

5) zu v.Rottecks Lehre s. Böckenförde, Gesetz 101
6) zu v.Steins Lehre s. Böckenförde, ebenda S.153 f.
7) zu Stahls Lehre s. Böckenförde, ebenda, 172 ff.
8) zu v. Mohls Lehre s. Böckenförde, ebenda, 181, 185.
9) v. Rönne, Pr.StR I 347 N.2.
10) G.Meyer, GrünhutsZ 8, 1 ff (insb. 15).
11) Mayer, VwR I 11; 12 N.18; 74 N. 1.
12) Thoma, HbDStR II 221 (223); vgl. auch denselben, Polizeibefehl 60/61.
13) W.Jellinek, Gesetzesanwendung 142, 155.
14) Heller, VVDStRL 4, 98 (107).
15) (Carl Schmitt) in dessen Abhandlung Die Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, Erstfassung in der Bonner Festgabe für Ernst Zitelmann, München und Leipzig 1923, S.413 ff.
16) Laband, Budgetrecht 3; StR II 2 f.
17) G. Jellinek, Gesetz 236 ff.
18) vgl. Meyer-Anschütz, StR 640.
19) vgl. Anschütz in Meyer-Anschütz, StR 640 N.b.

2. a) Bei Kelsen geschieht die "Wiedererweckung" der "älteren Lehre", genau betrachtet, in zwei Sätzen[20]:

> Dagegen muß angenommen werden, daß im Gesetzgebungsbegriff der Gewaltenlehre unter "Gesetz" nur die generelle Norm verstanden sein soll. ... Bei dem Worte "Gesetz" denkt man eben nur oder doch vornehmlich an generelle oder abstrakte Normen.

Eine Auseinandersetzung mit dieser Äußerung erübrigt sich, weil lediglich eine Behauptung, ohne Begründung und ohne Belege, aufgestellt wird, weiterhin, weil Kelsen - im Gegensatz zu Autoren wie Georg Meyer und Otto Mayer - die so verstandene Gesetzgebung der Gewaltenlehre nicht mit Rechtssetzung schlechthin identifiziert[21], sondern z.B. individuelle Rechtsnormen kennt[22].

b) Bei Carl Schmitt findet sich die "Wiedererweckung" der "älteren Lehre" in dem folgenden Gedankengang ausgedrückt: Der bürgerliche Rechtsstaat beruht auf der "Herrschaft des Gesetzes". Aber das Gesetz muß einen Zusammenhang mit den Prinzipien des Rechtsstaates und der bürgerlichen Freiheit behalten, wenn der Rechtsstaat bestehen bleiben soll. Soll die "Herrschaft des Gesetzes" ihren Zusammenhang mit dem Begriff des Rechtsstaats behalten, so ist es notwendig, in den Begriff des Gesetzes gewisse Qualitäten hineinzunehmen, durch welche der Unterschied einer Rechtsnorm von einem bloß willensmäßigen Befehl oder einer Maßnahme möglich wird.[23]

---

20) Kelsen, Staatslehre 232.

21) Kelsen, ebenda 232.

22) Freilich, als Beispiele dafür bringt Kelsen (a.a.O. 233, 234) Gerichtsurteile (und Rechtsgeschäfte) und weicht damit nicht nur von dem verengten Begriff des objektiven Rechts eines Laband und Georg Jellinek, sondern auch von dem als meistenteils hinreichend weit erscheinenden Rechtsbegriff eines Haenel oder Gierke ab; auf diesen Rechtsbegriff einzugehen besteht hier kein Anlaß.

23) Schmitt, Verfassungslehre 138; vgl. auch dens., Parlamentarismus 53.

Herrschaft des Gesetzes bedeutet vor allem, daß der Gesetzgeber selbst an sein Gesetz gebunden ist und seine Befugnis zur Gesetzgebung nicht das Mittel einer Willkürherrschaft wird. Solche Bindung ist jedoch nur möglich, solange das Gesetz eine richtige, vernünftige, gerechte usw. Norm ist. Alle diese Eigenschaften setzen voraus, daß das Gesetz eine generelle Norm ist; andernfalls ist "Bindung an das Gesetz" eine bedeutungslose Redensart.- Zum Beleg dafür, daß dieser rechtsstaatliche Gesetzesbegriff auf einer alten europäischen Tradition beruhe, führt Schmitt Äußerungen einer längeren Reihe von Autoren an (Aristoteles, Thomas v. Aquin, Locke usw.)[24].

Eine Auseinandersetzung mit diesen Ausführungen erscheint hier zunächst deswegen nicht angezeigt, weil Schmitt neben dem rechtsstaatlichen Begriff des Gesetzes und "neben der juristisch-technischen Hilfsfigur des sogen. formellen Gesetzesbegriffes" einen "politischen Gesetzesbegriff" kennt, der für ihn konkreter Wille und Befehl und ein Akt der Souveränität ist[25]; einem so begriffenen Gesetz dürfte die Kraft beizulegen sein, Recht zu schaffen[26]. Zum andern kann eine Auseinandersetzung hier unterbleiben, weil die Identifizierung oder Verquickung der Frage nach dem Begriff des Gesetzes (der Satzung) mit der Frage nach dem Vorbehalt des Gesetzes (der Satzung)- wofern davon bei Schmitt angesichts seines "politischen Gesetzesbegriffs" überhaupt die Rede sein kann- unten (§ 10, S. 184 ff) erörtert werden soll.

---

24) Schmitt, Verfassungslehre 139 ff; so auch schon ders., Parlamentarismus 52 ff.

25) Schmitt, Verfassungslehre 146 und ff.

26) Darüber äußert Schmitt sich nicht; allerdings zitiert er den Satz (a.a.O. 146), der auf die rechtschaffende Kraft des römischen Volksgesetzes weist: "lex est quod populus iussit". (vgl. auch Kaser, Ius 65).

3. Auch von Autoren der "älteren Lehre" wie Otto Mayer, Thoma und Walter Jellinek kann gesagt werden, was Georg Jellinek bei den meisten Anhängern der Theorie von der Allgemeinheit des Gesetzes seit Aristoteles findet: daß nämlich "apodiktisch hingestellte Behauptungen die Stelle wissenschaftlicher Deduktion vertreten" [27] - und die Stelle einer (wissenschaftlichen) Induktion von den an vielen Rechtsordnungen zu beobachtenden Erscheinungen, mag man hinzufügen. Diese "apodiktisch hingestellten Behauptungen" grenzen aus dem Gesetzesbegriff aus: Gesetze für einzelne Provinzen und Untertanenklassen oder Gesetze für einen express genannten Menschen oder Sachverhalt oder Gesetze, die einen Einzelmenschen oder Einzelfall zwar nicht nennen, aber nur auf ihn anwendbar sind, usw.. Eine Erörterung all dieser unbegründeten Behauptungen scheint nicht angezeigt; geboten scheint hier jedoch eine Auseinandersetzung mit zwei Autoren: mit Jean - Jacques Rousseau, dem "einzige(n) Schriftsteller der Vergangenheit, der einen selbstständigen Beweis unternimmt" (G.Jellinek [28]), (s. dazu A.) [29] und mit Georg Meyer, der die Theorie in einer Abhandlung ausführlicher vertreten und damit auf einen "letzten Höhepunkt" [30] gebracht hat (s. dazu B). Abschließend sollen (unter C) Argumente gegen den "begriffsnotwendig allgemeinen Charakter des Gesetzes" [30] behandelt werden.

---

27) G. Jellinek, Gesetz 236/237.

28) G. Jellinek, Gesetz 237.

29) Das bedeutet, natürlich, nicht, daß J.J.Rousseau hier für die Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff reklamiert würde; aber die Auffassung von der Allgemeinheit des Gesetzes ist eben sehr viel älter als Georg Meyers Version der Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff.

30) so Volkmar, Einzelakt 26.

A. Lehren J.-J. Rousseaus

I. Zum Verständnis der Lehren Rousseaus vom Gesetz und von der gesetzgebenden Gewalt ist es erforderlich, daß man zuerst auf seine Prinzipien, aus denen diese Lehren deduziert werden oder folgen,[31] Bedacht nehme (dazu die Darstellung unter 1.); danach (unter 2.) werden seine Begründungen für das Erfordernis der Allgemeinheit des Gesetzes angeführt.

1. Als Aufgabe seiner Untersuchung "Du Contrat social" gibt Rousseau an, er wolle herausfinden, ob es im bürgerlichen Zustand (dans l'ordre civil) irgendeine gerechte (légitime) und sichere Regel für die Verfassung (règle d'administration) gebe, indem er die Menschen so nehme, wie sie seien, und die Gesetze so, wie sie sein könnten[32]. Eine Konsequenz des Seins oder der Natur des Menschen ist für Rousseau seine Freiheit[33] im Naturzustand[34]. In diesem Naturzustand kommen die Menschen an einen Punkt, da sie ihre Existenz nur durch Verlassen des Naturzustands retten können[35]; sie müssen ihre einzelnen Kräfte zusammenfassen und müssen in Übereinstimmung handeln[36]. Weil aber einem jeden Menschen die eigene Kraft und Freiheit die wichtigsten Instrumente zur Selbstbehauptung (conservation) sind, erhebt sich die Frage, wie er sie in die Gemeinschaft einbringen kann, ohne sich selbst zu schaden und die Sorge für sich selbst zu versäumen[37]; es stellt sich das Problem, "eine Gesellschaftsform zu finden, die mit der ganzen gemeinsamen Kraft die Person und

---

31) s.Böckenförde, Gesetz 88/89.
32) Rousseau, Contrat I, vor 1. (235). Hier und im folgenden wird nach den Seitenzahlen der bei Garnier Frères erschienenen Ausgabe zitiert, z.B. (Livre) I, (Chapitre) 2. (alinéa) 1 (page) 236 - Contrat I, 2.2 (236).
33) Rousseau I, 2.2 (236).
34) vgl. ders., ebenda I, 5 (242).
35) Rousseau, ebenda, I, 6.1 (243).
36) Rousseau, ebenda, I, 6.2 (243).
37) Rousseau, ebenda, I, 6.3 (243).

das Vermögen jedes Mitglieds verteidigt und schützt, und in der jeder, obwohl er in eine Vereinigung aller tritt, dennoch nur sich selber gehorcht und ebenso frei bleibt wie zuvor." Die Lösung dieses Problems bringt der Gesellschaftsvertrag (Contrat social).[38]

Die Klauseln des Gesellschaftsvertrags können auf eine einzige Klausel reduziert werden: völlige Hingabe (aliénation totale) jedes Mitglieds mit allen seinen Rechten an die ganze Gemeinschaft (communauté).Da jeder sich ganz hingibt, ist die Situation (condition) für alle gleich, und wegen dieser Gleichheit hat keiner ein Interesse daran, die Situation für die anderen drückend (onéreuse) zu machen.[39] Die Freiheit des einzelnen sieht Rousseau in dieser Weise gewahrt: Indem jeder sich an alle hingibt, gibt er sich an niemand hin; und da man über jedes Mitglied das gleiche Recht erwirbt, das man ihm über sich selbst einräumt, gewinnt man das Äquivalent für alles, was man verliert, und mehr Kraft zur Erhaltung dessen, was man hat.[40] Das Wesen des Gesellschaftsvertrages besteht darin, daß alle gemeinsam die Person und die ganze Kraft (puissance) unter die oberste Leitung durch den allgemeinen Willen (volonté générale) stellen und daß alle ein jedes Mitglied als unabtrennlichen Teil des Ganzen annehmen [41].

2. Existenz und Leben bekommt das Gemeinwesen, der "politische Körper" (corps politique), durch den Gesellschaftsvertrag, Bewegung und Willen bekommt er durch die Gesetzgebung [42]. Diese hat zwei Hauptgegenstände: Freiheit und Gleichheit, die für alle das höchste Gut sind[43]. Die Gesetze können sich

---

38) Rousseau, Contrat I, 6.4 (243).
39) ders. ebenda I, 6.6 (243/244).
40) ders. ebenda I, 6.8 (244).
41) ders. ebenda I, 6.9 (244).
42) ders. ebenda II, 6.1 (257/258).
43) ders. ebenda II,11.1 (269).

nur über einen allgemeinen Gegenstand verhalten, "allgemein" in dem Sinne verstanden, daß das Gesetz zwar z.B. die Bürger in Klassen einteilen, aber nicht diesen oder jenen Bürger einer Klasse zuweisen kann, daß es also von jedem individuellen Gegenstand (von jeder individuellen Person oder Handlung) abstrahiert [44]. Dafür, daß das Gesetz allgemein (in diesem Sinne) sei, gibt Rousseau zwei Begründungen, [45] die beide darauf abgestellt sind, daß eine nicht-allgemeine Emanation von der volonté générale nicht ausgehen könne.

Die eine Begründung sieht so aus: Der als Objekt der volonté générale gedachte partikulare Gegenstand (objet particulier) ist entweder im Staat oder außerhalb des Staates. Ist er außerhalb des Staates, so ist ein ihm fremder Wille nicht in Beziehung auf ihn allgemein. Ist der Gegenstand aber im Staate, so macht er einen Teil davon aus: es bildet sich dann zwischen dem Ganzen und seinem Teil eine Beziehung, die aus den beiden zwei getrennte Wesen macht - einerseits den Teil und andererseits das Ganze, vermindert um denselben Teil. Aber das Ganze weniger einen Teil ist nicht mehr das Ganze; und soweit diese Beziehung besteht, gibt es kein Ganzes mehr, sondern zwei ungleiche Teile: daraus folgt, daß der Wille des einen Teils in bezug auf den anderen Teil nicht mehr allgemein ist. [46]

Die andere Begründung nimmt den folgenden Gang: Die Pflichten gegenüber dem Gemeinwesen sind nur deswegen bindend, weil sie gegenseitig sind, und sie sind solcher Art, daß man bei ihrer Erfüllung zugleich für einen andern und zugleich für sich selbst arbeitet. "Warum ist der allgemeine Wille immer richtig, und warum wollen alle beständig des Glück eines jeden von ihnen, wenn nicht deshalb, weil es

---

44) Rousseau, Contrat II, 6.6 (259).
45) vgl. dens. ebenda II, 6.4.(258).
46) ders. ebenda II, 6.4.(258).

niemand gibt, der sich nicht dies Wort 'jeder' zu eigen machte und der nicht an sich selbst dächte, wenn er für alle abstimmt?" Das beweist, daß die Rechtsgleichheit (égalité de droit) und der von ihr hervorgebrachte Begriff von Gerechtigkeit (notion de justice) in der dominierenden Eigenliebe eines jeden (la préférence que chacun se donne) und also in der Natur des Menschen ihren Ursprung haben; daß der allgemeine Wille, um wirklich allgemein zu sein, wie in seinem Wesen (essence) so in seinem Objekt allgemein sein muß; daß der allgemeine Wille von allen ausgehen muß, um sich an alle zu wenden, "und daß er seine natürliche Richtigkeit (rectitude naturelle) verliert, wenn er sich auf irgendein individuelles und bestimmtes Objekt richtet, weil wir dann, da wir beurteilen was uns fremd ist, kein wahres Gerechtigkeitsprinzip (vrai principe d'équité) haben, das uns leitete" [47].

II. Die Kritik der Begründungen für die Allgemeinheit des Gesetzes kann hier nicht auf Rousseaus Prämissen erstreckt werden: Freiheit des einzelnen im Naturzustand, völlige Hingabe des einzelnen an die Gemeinschaft, Freiheit und Gleichheit als das höchste Gut aller Bürger usw. Das würde zu weit führen. Vielmehr sollen Rousseaus Begründungen für sich erörtert werden, ohne Kritik der Prämissen im allgemeinen, unter Eingehen auf die in den Begründungen sich darstellende besondere Gestalt der angenommenen Tatsachen, Prinzipien pp. und auf die übrigen Elemente der Begründungen.

1. Kernsatz der ersten Begründung ist die Behauptung, der partikulare Gegenstand, der im Staate sei, mache einen Teil des Staates aus.

---

47) Rousseau, Contrat II, 4.5 (254).

Fraglich ist zunächst, was mit dieser Behauptung gesagt sein kann, wenn als Gegenstand eine Handlung (action) angenommen wird. Die partikulare Handlung ist dann unterschieden und getrennt von allen übrigen Handlungen und von allen Bürgern "im Staate"; mit diesen zusammen bildet sie "das Ganze", von welchem die volonté générale ausgeht. Allein, es ist nicht zu erkennen, welchen Sinn die damit konsequenterweise zu verbindende Vorstellung haben soll, daß nicht nur die durch den Gesellschaftsvertrag miteinander verbundenen Menschen, sondern auch ihre Handlungen Teile (Mitglieder) des Gesetze gebenden Souveräns [48] oder "politischen Körpers" seien.

Weiterhin ist fraglich, was mit dem Kernsatz der Begründung gesagt sein kann, wenn ein einzelner Staatsangehöriger als partikularer Gegenstand des Gesetzes angenommen wird. Nichts ist gegen Rousseaus Behauptung zu erinnern, durch ein Individualgesetz werde zwischen dem Ganzen und dem betroffenen Mitglied eine Beziehung hergestellt. Daß aber, wie Rousseau fortfährt, diese Beziehung aus beiden zwei in der genannten Art getrennte Wesen mache: das Mitglied und das Ganze mit Ausschluß des Mitglieds, dies leuchtet angesichts seiner sonstigen Ausführungen nicht ein. Denn den Souveränitätsakt (acte de souveraineté) - als welchen er das Gesetz auffaßt- bestimmt er als Übereinkunft des Gemeinwesens (corps) mit jedem seiner Mitglieder, und die Frage nach den gegenseitigen Rechten des Souveräns und der Bürger begreift er als die Frage, "bis zu welchem Punkt diese sich gegen sich selbst verpflichten können (peuvent s'engager avec eux-mêmes), jeder gegen alle und alle gegen einen jeden von ihnen." [49] Hieraus ist zu entnehmen, daß

---

48) Zu den Mitgliedern des Staates (= des passiven politischen Körpers) und Souveräns (= des aktiven politischen Körpers) rechnet Rousseau sonst lediglich Menschen, vgl. Contrat I, 6.10 (244); I, 7.1 (245).

49) Rousseau, Contrat II, 4.8 (255).

Rousseau Verpflichtungen eines einzelnen gegen alle, diesen einzelnen selbst eingeschlossen, für möglich ansieht: Er spricht zwar von Verpflichtungen der sämtlichen einzelnen, aber darin ist doch eingeschlossen die Rede von der Verpflichtung eines einzelnen, der für sich allen übrigen und auch sich selbst gegenübersteht, insofern er Teil des Ganzen ist. Wieso dann der einzelne im Falle eines auf ihn bezogenen Individualgesetzes nicht auch sich selbst, als einem Teil des Ganzen, und damit der volonté générale gegenüberstehe, das begründet Rousseau nicht: "Die pp.Beziehung macht aus dem Ganzen und seinem Teil zwei getrennte Wesen" — das ist bloß eine Behauptung, und eine Begründung für diese Behauptung ist nicht zu erkennen, wenn man bei der Anschauung Rousseaus von den gegenseitigen Pflichten zwischen Bürger und Souverän beharrt.

2. **In einen Satz gebracht, lautet die zweite Begründung etwa so: Weil jeder, wenn er für alle abstimmt, an sich selbst denkt, ist der allgemeine Wille immer richtig, und deswegen ist der allgemeine Wille nur dann wirklich allgemein, wenn er wie in seinem Wesen so in seinem Objekt allgemein ist.**

Bei der Lektüre dieses Satzes wird ein Zusammenhang zwischen dem Vordersatz und dem folgernden Nachsatz nur insofern erkennbar, als in beiden Sätzen vom allgemeinen Willen die Rede ist; unklar bleibt dabei indessen, was die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des allgemeinen Willens für seine Allgemeinheit ausmacht. Einen Zusammenhang zwischen der Richtigkeit und der Allgemeinheit des allgemeinen Willens wird man auch nicht durch die Behauptung Rousseaus, der allgemeine Wille verliere seine natürliche Richtigkeit, wenn er sich auf ein individuelles Objekt richte, hergestellt finden. Denn diese Behauptung ist, genau besehen, lediglich das Produkt aus der Negation des Vordersatzes und bringt nicht

die in der Begründung vermißte Erläuterung des Zusammenhangs zwischen der Richtigkeit und der Allgemeinheit des allgemeinen Willens. Und schon gar nicht wird ein Zusammenhang zwischen Richtigkeit und Allgemeinheit des allgemeinen Willens durch den Satz, der allgemeine Wille müsse "wie in seinem Wesen so in seinem Objekt" allgemein sein, einsichtig gemacht: dieser Satz bekundet pure, nicht nachzuvollziehende Wesensschau.

Es bleiben lediglich Vermutungen etwa dieser Art: Meint Rousseau, daß durch eine individuelle und also ungleich behandelnde Gesetzesvorschrift die für den Gesellschaftsvertrag wesentlichen Elemente der Gleichheit (in der Aufgabe der eigenen Rechte) und der (durch die Gleichheit der Rechte eines jeden gegen jeden bewahrten) Freiheit eliminiert werden? Oder sieht Rousseau irgendeine Verbindung zwischen dem "Beruf des Gesetzgebers", Freiheit und Gleichheit zu wahren, und der Allgemeinheit des allgemeinen Willens? Vermutungen, Fragen — aber keine Antwort auf die Frage, warum der allgemeine Wille nicht auch dann allgemein sei, wenn er durch Hinwendung zu einem partikularen Objekt unrichtig werde.

B. Georg Meyers Lehre

Im Ergebnis seiner Untersuchung " Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsetats" verneint Georg Meyer den Charakter des Etats als Gesetz im materiellen Sinne und spricht der Etatsaufstellung den Charakter eines Verwaltungsakts in Gesetzesform zu, weil der Etat teils Bestimmungen enthalte, die nicht den Charakter von allgemeinen Normen, sondern nur von speziellen Verfügungen hätten, teils Positionen enthalte, die - als bloße Veranschlagungen - nicht einmal verbindliche Vorschriften seien [50]. Aus dieser

50) G.Meyer in GrünhutsZ 8, 1 (48).

Auffassung des Etats zieht Meyer mit der herrschenden Lehre "zwei wichtige Consequenzen" [51], die zugleich die Antwort auf die Frage darstellen, die Kernpunkt der "Budgetfrage" sei[52], die Frage nämlich nach dem Verhältnis des Etatsgesetzes zu den allgemeinen Gesetzen, welche die Finanzverwaltung des Staates zu regeln bestimmt sind [51)53)]:

1. Die Aufstellung des Etats muss innerhalb der durch die allgemeinen Gesetze gezogenen Schranken stattfinden.
2. Auch wenn das Etatsgesetz nicht zu Stande kommt, ist die Regierung befugt die auf allgemeinen Gesetzen beruhenden Staatseinnahmen zu erheben und Staatsausgaben zu leisten. [54]

Die Behauptung, es gehöre zum Wesen des Rechtssatzes und demnach auch zum Wesen eines Gesetzes im materiellen Sinne, daß es eine allgemeine Regel enthalte, und die weitere Behauptung, Gegensatz zum Gesetz sei die Verfügung, deren Wesen in der Regelung individueller Tatbestände zu sehen sei,[55) 56)] begründet Meyer so: Die Unterscheidung von Gesetz und Verfügung entspreche dem in Deutschland hergebrachten Sprachgebrauch. Schon das römische Recht erfordere zum Wesen des Gesetzes oder des Rechtssatzes das Vorhandensein einer allgemeinen Regel; zum Beleg zitiert Meyer einige Digestenfragmente [57]. Die römische Terminologie sei aber mit der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland bei Publizisten und Zivilisten angenommen worden[55]; diese Behauptung begründet Meyer durch Zitate aus den Werken

---

51) G. Meyer, GrünhutsZ 8,1 (6).
52) ders., ebenda 10. 53) ders. ebenda 3.
54) ders., ebenda 7. 55) ders. ebenda 15.
56) Schon bei v. Rotteck, Vernunftrecht II 212, findet sich die Entgegensetzung des Gesetzes als einer staatlichen "Bestimmung, welche in abstracto oder im allgemeinen, d.h. nach Begriffen gemacht ist" und der "Verfügung für einen konkreten Fall".
57) D. 1,3,1 (Papinian); D. 1,3,4 (Celsus); D. 1,3,8 (Ulpian).

mehrerer Publizisten und Zivilisten des 18. und, vor allem, des 19. Jahrhunderts[58]. Er führt weiterhin aus, unter der Herrschaft dieses Sprachgebrauchs seien die deutschen Landesverfassungen entstanden, dieser hergebrachte Gebrauch liege ihren Festsetzungen zu Grunde. Demnach sei in Aussprüchen wie "kein Gesetz darf ohne Zustimmung der Stände erlassen werden" oder "die Uebereinstimmung des Königs und beider Kammern ist zu jedem Gesetz erforderlich" unter Gesetz eine allgemeine, die Untertanen verpflichtende Vorschrift zu verstehen.[59]

Die Hauptbedeutung der Unterscheidung von Gesetzen im materiellen Sinne und Gesetzen im formellen Sinne findet Meyer darin, daß die Unterscheidung einen Maßstab an die Hand gebe, um die Befugnisse der einzelnen Staatsorgane zu regeln[60]. Der Begriff des Gesetzes im materiellen Sinne sei wichtig für die Bestimmung derjenigen Gegenstände, welche in den Formen der Gesetzgebung behandelt werden müssen. In den erwähnten Bestimmungen der Landesverfassungen über die Gesetzgebung sei der Begriff "Gesetz" im materiellen Sinne genommen. Demnach müsse jede allgemeine, den Rechtszustand der Untertanen betreffende Vorschrift auch formell als Gesetz erlassen werden.[61] Dieser Grundsatz gelte jedoch nicht für diejenigen allgemeinen Anordnungen, welche die Tätigkeit der Behörden zu regeln bestimmt seien; denn innerhalb des Organismus der Verwaltung bestehe eine Über- und Unterordnung, die den höheren Verwaltungsorganen die Befugnis gewähre, den ihnen untergeordneten Stellen Befehle zu erteilen, und zwar sowohl spezielle Verfügungen als auch allgemeine Anordnungen[62].

---

58) G.Meyer, GrünhutsZ 8, 1(15-18)
59) ders.ebenda 19
60) ders.ebenda 25
61) ders. ebenda 25/26
62) ders. ebenda 26

II. An den Ausführungen Georg Meyers wird vielleicht noch deutlicher als an denen von Laband[63], daß die Auffassung des Etats als "Verwaltungsact" für die damalige herrschende Lehre eine Konstruktion zu dem Zweck war, den "Kernpunkt" der "Budgetfrage zu beantworten. Dieser Kernpunkt kann zwar auch mit der juristischen Frage wiedergegeben werden, deren Beantwortung durch Meyer oben[64] zitiert worden ist, dieser Kernpunkt ist aber auch und vor allem die Frage nach der Macht im konstitutionellen Staate gewesen, wie an der oben[65] gegebenen Darstellung des preußischen Verfassungs- und Budgetkonflikts zu sehen ist. Die Verfassungslücke hinsichtlich der Übergangswirtschaft in Preußen ist damals durch die faktischen Machtverhältnisse ausgefüllt worden[66], und man mag finden, daß auch Meyers Bemühen um den Kernpunkt der Budgetfrage von der Bemerkung Georg Jellineks getroffen wird: "Die Jurisprudenz mag dann später nachhinken und mit Hilfe dialektischer Kunststückchen die vollendete Tatsache als rechtmäßig nachweisen, sie vollzieht damit doch nur den Versuch einer Rationalisierung von Fakten, ganz wie es das von ihr so heftig bekämpte Naturrecht mit so großem Eifer betrieben hatte. Wie viel unnütze Mühe hat man sich gegeben, die budgetlose Wirtschaft in Preußen 1862-66 wenigstens bis zu einem gewissen Grade als rechtmäßig nachzuweisen![67] Indes, mit der Billigung dieser Bemerkung sind Meyers Ausführungen noch nicht als unzutreffend abgetan, weil sie auf ein Argument gegründet werden, dessen Überzeugungskraft nicht davon abhängt, ob man Meyers Rechtfertigungsversuch im ganzen gelungen oder mißlungen findet.

---

63) vgl. oben S. 73 ff.
64) s.oben S. 168
65) s.oben S. 83 ff.
66) Vgl. die Formulierung von G.Jellinek, Staatslehre 359 .
67) G.Jellinek, Staatslehre 359

Ein wichtiger Punkt der Darlegungen Meyers ist die Gleichsetzung des Ausdrucks "das Gesetz" mit den Ausdrücken "der Rechtssatz" und "das Gesetz im materiellen Sinne". Die mit dem Ausdruck "das Gesetz im materiellen Sinne" angedeutete Anschauung, daß kraft des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes die Schaffung alles Rechts der konstitutionellen Legislative zustehe, teilt Georg Meyer mit der herrschenden Lehre seiner Zeit, u.a. mit Laband[68], G.Jellinek[69] und Anschütz[70]; diese gemeinsame Anschauung soll unten (in § 10) erörtert werden. Seine hier zu erörternde Behauptung, es gehöre zum Wesen "des Rechtssatzes", daß er eine allgemeine Regel enthalte, begründet Meyer durch Berufung auf einen herkömmlichen Sprachgebrauch dreifach : mit der Anführung einiger Digestenstellen als Beleg für eine entsprechende römischrechtliche Terminologie (dazu 1.), mit einem Rekurs auf die Terminologie verschiedener Publizisten und Zivilisten (dazu 2.) und mit der Interpretation von Kompetenzbestimmungen deutscher Landesverfassungen (dazu 3.).

Die Berufung auf einen herkömmlichen Sprachgebrauch - das kann vorweg zu allen drei Begründungen gesagt werden - erscheint nur dann als ein zur Begründung taugliches Mittel, wenn der Sprachgebrauch sich als so allgemein eingeführt erweist, daß ein abweichender Sprachgebrauch nicht anders denn als ein Mißbrauch angesehen werden kann, der keine Berücksichtigung verdient.

1. Den von Meyer angeführten Digestenfragmenten können andere Stellen entgegengehalten werden, an denen dieselben und andere Autoren das Erfordernis einer(allgemeinen) Regel als Inhalt von lex und ius ausdrücklich oder stillschweigend verneinen.

---

68) s.obenmS.74
69) s.oben S.133
70) s.oben S.150/151

An den von Meyer zitierten Satz des Celsus

- D.1,3,4 -

Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur :

schließt in den Digesten der Satz desselben Autors an

- D.1,3,5 -

nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt.

In diesem letztern Satz ist lediglich die Forderung aufgestellt, daß die Rechtsbildung an gängigen Fallgestaltungen orientiert werden solle; dies legt die Vermutung nahe, daß mit dem "non constituuntur" des ersten Satzes nicht zu einer Definition des Rechts-Begriffs beigetragen, sondern der Vorgang der Rechtsbildung oder Rechtsschaffung - insbesondere durch responsa der iuris consulti[71] - beschrieben werden soll. Und auch dem von Meyer zitierten Satz des Ulpian

- D.1,3,8 -

Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur.

sind Sätze desselben Autors an die Seite zu stellen, aus denen sich ergibt, daß für ihn auch die individuell-konkrete lex unzweifelhaft eine lex ist :

- D.1,4,1 pr. -

Quod principi placuit, legis habet vigorem : ...

- D.1,4,1,1 -

Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus.

---

71) Daß das Respondieren als Rechtsetzen angesehen wurde, ergibt z.B. D.1,1,7 pr.(Papinianus) : "Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit." Vgl. auch Inst. 1,2,3 :"Scriptum ius est lex ... responsa prudentium."

Zu der sonach gegebenen Möglichkeit von Einzelfall-Gesetzen bemerkt Ulpian lediglich einschränkend, diese Gesetze hätten eine Bedeutung nur für die betreffende Person (D.1,4,1,2). Und daß eine solche constitutio oder lex personalis nicht zum Recht gezählt werde, lassen die einschlägigen Stellen der Institutionen nicht erkennen, z.B.

- Inst.1,2,3 -

Constat autem ius nostrum aut ex scriptō aut ex non scripto ...

Scriptum ius est lex, plebi scita ...

- Inst.1,2,4 -

Lex est, quod populus Romanus senatore magistratu interrogante, veluti consule, constituebat. ...

Angesichts dieser Stellen, aus denen sich die Möglichkeit von Einzelfall-Gesetzen (constitutiones personales) ergibt, kann von Allgemeinheit der lex keine Rede sein. Nur scheinbar findet die Meyersche Ansicht eine Stütze in dem Fragment

- D.1,3,1 (Papinianus) -

Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publicae sponsio.

Denn zwar dürfte der Ausdruck "commune praeceptum" des Fragments zu übersetzen sein in den Ausdruck "eine für die Staatsbürger allgemein verbindliche Rechtsvorschrift"[72]. Aber das Fragment beweist nichts für den Begriff der lex, weil es bloße Übersetzung aus Demosthenes darstellt,[73] der griechische "nomos" aber mit der römischen "lex" keineswegs identisch ist[74]. "Lex" war den Römern vielmehr auch nach der Zeit der Könige nicht nur die generelle, sondern auch die auf den Einzelfall beschränkte Vorschrift, das ad hoc geschaffene

---

72) so Heumann-Seckel, Handlexikon, s.v. Lex, 1)

73) Kaser, Ius 65 N.1o. Überdies ist die Echtheit der Zuschreibung zu Papinian fraglich, vgl. Kaser aaO, Schulz, Röm.Rechtswissenschaft 161.

74) Schulz, Röm.Rechtswissenschaft 16o/161

Gesetz[75], wie insbesondere die oben angeführten auf Ulpian zurückgehenden Digestenstellen zeigen.

2. Die römische Terminologie zu "lex" und "ius", die an den soeben zitierten Stellen entgegentritt, ist von deutschen Publizisten und Zivilisten angenommen worden, wie Meyer zutreffend sagt[76] — angenommen freilich einschließlich der Unterscheidung von constitutiones (leges) generales und constitutiones personales (leges speciales). Das zeigen schon die von Meyer zur Begründung zitierten[77] Äußerungen Puchtas und H.A. Zachariäs, welche zwar die "Regeln" oder "allgemeinen Normen" als "eigentliche Gesetze" oder "Gesetze im eigentlichen Sinne" bezeichnen, die Einzelfall-Gesetze (mit Dispensen und Privilegien z.B.) dann aber als uneigentliche Gesetze, immerhin aber als "Gesetze" auffassen. Da nun unter den deutschen Publizisten und Zivilisten des 18. und 19.Jahrhunderts - wie schon die Verwendung der Wörter "generales" und "personales" als Attribute zu "leges" und "constitutiones" zeigt[78] - der Gebrauch der Wörter "lex" und "Gesetz" keineswegs auf die Bezeichnung von allgemeinen Normen beschränkt war, kann die Frage unerörtert bleiben, welche Autoren Meyer zu Recht zitiert und welche er zu Unrecht zitiert, um die behauptete Beschränkung des Wortes "Gesetz" ("lex") auf die Bezeichnung von allgemeinen Normen nachzuweisen[79]; deswegen bedarf auch keiner Hervorhebung und Erörterung, daß andere Autoren die Gesetze schlechthin - ohne Unterscheidung von

---

75) Kaser, Ius 65.
76) vgl. auch Haenel, Studien II. 126.
77) G. Meyer, GrünhutsZ 8,1 (16/17).
78) vgl. z.B. Puchta, Pand., § 14, und H.A. Zachariä, StR II 139 f.
79) Zur Richtigkeit und Unrichtigkeit der Zitate vgl. Haenel, Studien II. 125 f; Böckenförde, Gesetz 260.

...gentlichen" und "uneigentlichen" Gesetzen - in allgemeine und spezielle einteilen[80].

Der Versuch Meyers, die für die juristische ... behauptete Beschränkung des Wortes "Gesetz" (Law) auf die Bezeichnung von allgemeinen Normen nachzuweisen, ist also mißlungen.[81]

3. Schließlich ist auch Meyers Versuch, die Beschränkung des Wortes "Gesetz" auf die Bezeichnung von allgemeinen Normen in den deutschen Landesverfassungen des 19.Jahrhunderts nachzuweisen, als mißlungen anzusehen. "Die deutschen Landesverfassungen" sind, entgegen Meyers Behauptung, nicht unter der Herrschaft des von ihm behaupteten beschränkten Sprachgebrauchs entstanden.

a) Dieser beschränkte Sprachgebrauch liegt vor allem nicht der Verfassung für Sachsen-Weimar-Eisenach von 1816 zugrunde, die allen jenen Verfassungen vorhergeht[82], welche die Mitwirkung der Volksvertretung auf allgemeine Gesetze beschränken[83]. Im Grundgesetz über die landständische Verfassung des Großherzogthums Sachsen-Weimar-Eisenach vom 5.Mai 1816 ist bestimmt[84]:

> §.5. Es stehen den Landständen zur Ausübung durch ihre Vertreter (§.4.) folgende Rechte zu:
>
> ...
>
> 6) Das Recht, an der Gesetzgebung in der Art Theil zu nehmen, daß neue Gesetze, welche entweder die Landesverfassung betreffen, oder die persönliche Freiheit, die Sicherheit und das Eigenthum der einer Staatsbürger in dem ganzen Lande, oder in ganzen Provinz zum Gegenstand haben,

---

80) s. Haenel, Studien II, 126.
81) vgl. auch Jhering, Zweck I 330, 328: Der Sprachgebrauch bringe die zur deutschen Rechtssprache gehörenden Ausdrücke "Gesetz", "Verordnung", "Verfügung" unterschiedslos auf abstrakte und auf individuelle Bestimmungen zur Anwendung.
82) vgl. Haenel, Studien II. 128.
83) s. S. 176.
84)

> und eben deshalb das Allgemeine angehen, ohne ihren, der Landstände, vorgängigen Beirath und ihre Einwilligung nicht erlassen werden dürfen.

Gemäß diesem Grundgesetz gibt es also Gesetze, die nicht "das Allgemeine angehen", nicht- allgemeine Gesetze also für einen einzelnen, eine Gemeinde usw.. Zur größeren Verdeutlichung dieser Rechtslage sagt das revidierte Grundgesetz vom 15.Oktober 1850[85]:

> Gesetze, welche nur für einzelne Korporationen gelten sollen, können jedoch in Übereinstimmung mit der Korporation und blosse Ortsgesetze in Übereinstimmung mit der Gemeinde von dem Landesfürsten auch ohne Einwilligung des Landtages erlassen werden.

Bei den hier genannten Gesetzen handelt es sich offensichtlich nicht um Satzungen einer Gemeinde usw., sondern um Gesetze des Staates für eine Gemeinde usw., die u.a. nicht für alle Gemeinden (Gemeindevorstände pp.) im Großherzogtum gelten, sondern für eine Gemeinde (einen Gemeindevorstand pp.), die also nicht generell sind.

b) Entgegen Meyers Ansicht liegt die Gleichsetzung der Ausdrücke "Gesetz" und "allgemeine Norm" auch nicht "den Festsetzungen" derjenigen Verfassungen zugrunde, die die Übereinstimmung des Monarchen und der Kammern bzw. die Zustimmung der Stände zu jedem Gesetz erfordern.

---

83) z.B. bayVf 1818, Tit. VII § 2; badVf 1818, § 65; Grundgesetz für das Herzogthum Sachsen-Altenburg v. 29.April 1831, § 201 (Pölitz, Verfassungen I, 856 - 891/892-).
84) Pölitz, Verfassungen I. 758 (759/760).
85) zitiert nach Haenel, Studien II. 128.

Zu dieser Gruppe von Verfassungen gehört insbesondere die preußische Verfassung von 1850, deren lapidare Festsetzung

- Art. 62 I u. II -

> Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern ausgeübt. Die Uebereinstimmung des Königs und beider Kammern ist zu jedem Gesetze erforderlich.

übernommen worden ist - mutatis mutandis - zunächst in die Reichsverfassung von 1871 (Art.5 V)[86], danach in die Weimarer Reichsverfassung (Art.68 II)[87] und von dort in das Grundgesetz von 1949 (Art.77 I 1,78). Zunächst ist schon zweifelhaft, ob zur gesetzgebenden Gewalt des Art.62 I der preußischen Verfassung nur der Erlaß von allgemeinen (Rechts-)Normen gehört, ob nicht vielmehr diese Bestimmung im Anschluß an die Vorbilder im französischen und belgischen Recht einen " rein formellen Gesetzesbegriff" meint [88]. Vor allem aber nennt diese Verfassung, ohne irgendeinen Unterschied zu den "eigentlichen" Gesetzen erkennen zu lassen,[89] Einzelfall- und Spezialgesetze "Gesetze" — z.B. Art.2 der preußischen Verfassung: ein Gesetz ist erforderlich zu jeder Veränderung der Staatsgrenzen, Art.13: Erteilung von Korporationsrechten an Religionsgesellschaften durch Gesetz, Art. 103 S.1: 'Die Aufnahme von Anleihen für die Staatskasse findet nur auf Grund eines Gesetzes statt.'

c) Daß man im Vormärz unter dem Ausdruck "Gesetz" unterschiedslos allgemeine und nicht-allgemeine Vorschriften verstand, zeigt der Vergleich des Entwurfs der Verfassungsurkunde des Königreiches Sachsen vom 1.März 1831 mit der Verfassung des Königsreichs Sachsen vom 4.September 1831. In § 100 des Entwurfs war

86) vgl. Haenel, Studien II,128.
87) vgl. Thoma, HbDStR II, 221 (225).
88) vgl. Thoma, Vorbehalt, 174.
89) vgl. auch Haenel, Studien II, 128/129.

vorgesehen[90]:

> Kein Gesetz, welches die Verfassungsurkunde ergänzt, erläutert, oder abändert, neue über die Freiheit der Personen und über das Eigenthum der Staatsangehörigen gebietende, oder sonst allgemeine Verpflichtungen gegen den Staat enthaltende Vorschriften ertheilt, oder endlich die bestehenden Gesetze dieser Art abändert, oder authentisch interpretirt, kann ohne Zustimmung beider Kammern ergehen.

§ 86 des endgültigen Verfassungstextes setzte hingegen fest[91]:

> Kein Gesetz kann ohne Zustimmung der Stände erlassen, abgeändert oder authentisch interpretirt werden.

Durch diese Vereinfachung der im Entwurf vorgesehenen Kompetenzbestimmung ist nichts daran geändert worden, daß nicht nur die im Entwurf genannten allgemeinen Vorschriften für die Staatsangehörigen, sondern auch nicht-allgemeine Gesetze gleicherweise zu den "Gesetzen" gezählt werden. Dazu gehören insbesondere die Gesetze, welche die als Gesetz erlassene[92] Verfassung abändern, eine Verfassung, die z.B. die Bestimmung enthält, das königliche Haus-Fideikommiß bestehe u.a. aus "den in dem grünen Gewölbe ... befindlichen Kostbarkeiten"[93]. Otto Mayer, der das Gesetz als vom Staat zu schaffende Recht[sform] begreift[94], meint hingegen, nach dem Begriff, den die Verfassungsurkunde im sächsischen [Recht] vorgefunden habe und mit dem sie arbeite, bedeute Gesetz eine

---

90) Pölitz, Verfassungen I, 205 (214/[215]).
91) s. Pölitz, ebenda, 220 (235).
92) vgl. § 154 II sächsVf. 1831: "Indem Wir die vorstehenden Bestimmungen für das Staatsgrundgesetz Unseres Königreichs hiermit erklären ..." (Pölitz Verfassungen I, 220 -246-); vgl. auch Mayer, Sächs.StR 164/165.
93) § 20 I a) sächsVf. 1831.
94) Mayer, SächsStR 156.

allgemeine Vorschrift, zu deren Beobachtung die Untertanen vermöge einer von der Staatsgewalt geschehenen Willenserklärung rechtlich verpflichtet seien[95]. Indes, angesichts der Spezialvorschriften, die unter dem "Gesetz" des § 86 mit begriffen werden, erscheint diese Meinung als einseitig, erscheint die Definition des Gesetzesbegriffs als nicht erschöpfend, zumal Mayer selbst meint[96], dem Begriff des "rechtschaffenden Gesetzes" könnten, dem alten Sinne des Wortes entsprechend, auch gesetzliche Privilegien und Dispensationen für Einzelfälle unterfallen.

Demnach kann keine Rede davon sein, daß im römischen Recht, in der juristischen Literatur des 18. und 19.Jahrhunderts und in den Verfassungen der deutschen Bundesstaaten das Wort "Gesetz" ("lex") derart überwiegend auf die Bezeichnung von allgemeinen Gesetzen beschränkt sei, daß ein abweichender Sprachgebrauch nicht anders denn als Mißbrauch angesehen werden könnte, der keine Berücksichtigung verdiente. Georg Meyers Darlegungen hindern also nicht daran, daß man in dem nichtallgemeinen (dem konkreten und individuellen) Gesetz Recht für den Einzelfall findet.

C. Argumente gegen den "begriffsnotwendig allgemeinen Charakter des Gesetzes"

Die Einwände und Erklärungen, die man zu den Meinungen von dem "begriffsnotwendig allgemeinen Charakter des Gesetzes" vorgebracht hat, sind verschiedener Art: Es sind Erklärungen für die Entstehung allgemeiner Rechtssätze (s. dazu I.), es ist ein Einwand, der auf die Gleichheit der Rechtswirkung allgemeiner und nicht-allgemeiner Gesetze abhebt (s. dazu II.), und es sind Argumente für die Erforderlichkeit von Gesetzen mit speziellen und konkreten Rechtssätzen (s. dazu III.).

---

95) Mayer, SächsStR 157.
96) ders., ebenda 164 N. 22.

I. Daß die überwiegende Mehrzahl der Rechtssätze die Form der Allgemeinheit zeige, diese Erscheinung führt Georg Jellinek[97] darauf zurück, daß die individuellen und sozialen Verhältnisse der Persönlichkeiten konstante Typen aufwiesen. Durch die körperliche und geistige Natur des Menschen und die Bedürfnisse dieser Natur bilde sich eine Reihe notwendiger Beziehungen von ihm zur Außenwelt und zu anderen Persönlichkeiten, die einen konstanten Charakter trügen. "Die Constanz der Lebensverhältnisse ist der Grund der Allgemeinheit der Rechtsregeln." In ähnlicher Weise erklärt Heller[98] die an Gesetzen meistens zu findende Allgemeinheit: "Daß die obersten Normen in einer Gemeinschaft in der Regel auch die allgemeinen sind, ist vom Standpunkt des Rechtssatzbegriffs eine organisationstechnische Zufälligkeit, die lediglich damit zusammenhängt, daß dem Gesetzgeber in der Regel eine genügende Abstraktionsbasis zur abstrakt allgemeinen Formulierung seiner Gesetze gegeben ist."

Gegen die Richtigkeit dieser Darlegungen ist nichts zu erinnern, und so wird man diese Darlegungen als Erklärungen dafür gelten lassen können, daß der Gesetzgeber die allgemeinen Gesetze allgemein faßt. Durch diese Erklärungen ist aber - wohl entgegen der Absicht ihrer Urheber - nichts gegen die Meinung gesagt, das Gesetz habe einen "begriffsnotwendig allgemeinen Charakter". Denn diese Erklärungen schließen nicht aus, daß die Allgemeinheit der Gesetze zwar in der "Constanz der Lebensverhältnisse" ihren Grund hat, aber zugleich auch einer Eigenschaft des objektiven Rechts entspricht (etwa mit dem Ausdruck "Summe von allgemeinen Sätzen" zu beschreiben) und deswegen "begriffsnotwendig" ist.

---

97) G.Jellinek, Gesetz 238.
98) Heller, VVDStRL 4, 98 (107).

Mit der folgenden Darlegung leitet Thon[99] den Charakter der Individualnormen als Rechtssätze aus der Gleichheit ihrer Rechtswirkung und der Rechtswirkung von abstrakten Normen her: Es sei nicht abzusehen, warum nur abstrakte Normen (d.h. abstrakte Befehle[100]) und nicht auch Individualnormen Recht setzen sollten, da doch beide im konkreten Fall völlig gleich wirkten: trete der eine Fall ein, für den das Individualgebot seinen Imperativ gebe, so wirke dieser Imperativ genau in derselben Weise wie der Imperativ der abstrakten Norm in den Fällen a^1, a^2, a^3 bis a^∞, für die er gegeben sei.

Diese Darlegung wird nur den überzeugen, der bereits die Überzeugung hat, daß die Qualifizierung eines Einzelfall-Gesetzes als Verfügung in Gesetzesform nicht angemessen sei, weil der durch den allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes umschriebene Bereich weder in der Zeit der konstitutionellen Monarchie noch heutzutage sich mit dem Bereich des Rechts decke; das hiermit angesprochene Problem soll unten (in § 10,A.) erörtert werden. Der von Thons Darlegung zu Überzeugende müßte näherhin und vor allem die Überzeugung haben, daß aus der Qualifizierung eines Einzelfall-Gesetzes als Verfügung in Gesetzesform jedenfalls keine Konsequenzen für die Rechtswirkung dieses Gesetzes zu ziehen sind, weil die Emanationen des Staatswillens nicht eine "Substanz" haben, die durch Anwendung einer anderen "Form" nicht verändert werden könnte, sondern ihren Rechtscharakter bei Anwendung einer anderen "Form" verändern, eine "Transsubstantiation" erleiden; das hiermit angesprochene Problem soll ebenfalls unten (in § 10,B) erörtert werden.

---

99) Thon, AöR Bd.5, 149 (154).
100) Thon, ebenda, 152.

III. 1. Zur Erforderlichkeit nicht-allgemeiner Rechtssätze argumentiert Georg Jellinek[101] so: Neben den konstanten Typen der Lebensverhältnisse gebe es nicht wenige individuell geartete Verhältnisse, die ohne Verletzung der materiellen Gerechtigkeit nach allgemeinen Normen nicht entschieden werden können. Auch solche individuellen Verhältnisse verlangten ihr Recht, das ihnen gewährt werden müsse durch einen Akt der Rechtssetzung[102]. Und zwar sei entweder eine Norm aufzuheben für den Einzelfall, dem ihre an sich anwendbare Regel nicht gerecht werde, oder es sei eine neue positive Norm zu schaffen, wenn für das betreffende Verhältnis überhaupt keine Norm existiere. Dies seien Akte der Rechtsetzung, weil sie unter die beiden anderen Arten der Staatstätigkeit nicht subsumiert werden könnten: Rechtssprüche könnten sie nicht sein, weil diese geltendes Recht konkretisierten, Verwaltungsakte nicht, weil sie sich nicht im Rahmen der geltenden Rechtsordnung bewegten.

2. Mit einer Ergänzung der Begründung und mit einem Vorbehalt gegenüber einem Teil der Begründung kann diesen Ausführungen zugestimmt werden: Es gibt singuläre Verhältnisse, die eine je auf das einzelne Verhältnis bezügliche Gesetzgebung erfordern und auch erhalten, welche füglich nicht anders denn als rechtschaffende Gesetzgebung angesehen werden kann. Denn zum einen kann ein Rechtssatz nicht durch den Erlaß eines Nicht-Rechtsatzes, der im Range unter dem Rechtssatz steht, (z.B. eines Verwaltungsakts) aufgehoben werden: Der spezielle oder konkrete Gesetzessatz, durch welchen ein allgemeiner Rechtssatz teilweise unanwendbar gemacht wird, durch welchen also die im allgemeinen Satz statuierte Regel durchbrochen wird, ist demnach als Rechtssatz zu begreifen.

101) G.Jellinek, Gesetz 239.
102) vgl. auch Heller, VVDStRL 4, 98 (107,117 f.).

daß dies z.B. auch die im Grundgesetz vorausgesetzte Ansicht ist, läßt sich per argumentum e contrario aus Art.19 I 1 GG erschließen[103], der nur Grundrechte betrifft, die Zulässigkeit der Einschränkung von anderen Rechten durch Einzelfall-Gesetz - soweit nicht zugleich Grundrechte betroffen sind-aber nicht berührt. Zum andern zeigen die Einzelfälle, die dringend der rechtlichen Regelung bedürfen (z.B. Berichtigungen der Staatsgrenze, für deren Vornahme im geltenden Recht ein Verfahren nicht vorgesehen ist), daß das u.a. an der Einschränkung von Grundrechten (oder von "Freiheit und Eigentum") orientierte Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes in der Anwendung auf manche Regelungsgegenstände zu sinnlosen Resultaten führt.

Die Begründung Jellineks kann noch durch den Hinweis darauf ergänzt werden, daß ein großer Teil des Organisationsrechts, insbesondere in den Verfassungen, aus speziellen Gesetzen besteht, die z.B. über die Zuständigkeiten und Kompetenzen "Des Deutschen Bundestages" oder "Des Ministerpräsidenten des Landes Nordrhein-Westfalen" sich verhalten, die also die Zuständigkeiten und Kompetenzen eines einzelnen Organs bestimmen.

Schließlich ist gegenüber Jellineks Begründung der Vorbehalt zu machen, daß die Qualifizierung der Spezialgesetze mit Hilfe eines Verfahrens, das man ein Subtraktionsverfahren nennen könnte, schon bei der ersten Negation oder Subtraktion nicht über[illegible] das Merkmal "geltendes Recht konkretisierend" [illegible] kein Kriterium aus für die Unterscheidung von [illegible] sprüchen und Gesetzen, weil auch durch manche [illegible] geltendes Recht auf einen Einzelfall hin konk[illegible] tisiert wird (z.B. durch das in Ausführung des Art. 134 GG ergangene Reichsvermögen-Gesetz vom 16.5.1961 - BGBl. I 597-). Weil durch das Versagen des Subtraktionsverfahrens an einem Punkt das ganze

---

103) vgl. dazu Hesse, Grundzüge 188 N. 3.

Verfahren zur Qualifizierung der Spezialgesetze untauglich wird, so bedarf es keiner weiteren Erörterung der von Jellinek vorgenommenen Einteilung der Staatstätigkeit in Rechtssetzung, Rechtssprechung und Verwaltung[104].

§ 10 Laband, G.Jellinek usw.: Kongruenz des Rechts mit dem Vorbehalt des Gesetzes

Laband, G.Jellinek, Anschütz: Keine "Transsubstantiation" eines Nicht-Rechtssatzes durch die Anwendung der Gesetzesform

A. Laband, G.Jellinek usw.: Kongruenz des Rechts mit dem Vorbehalt des Gesetzes

Die Ansicht von der Kongruenz des Rechts mit dem Vorbehalt des Gesetzes nach deutschem konstitutionellem Staatsrecht ist prägnant z.B. in dem Satz Labands[1] wiedergegeben:

> Es ist der oberste Grundsatz und das eigentliche Wesen der konstitutionellen Monarchie, daß der Souverain keine neuen Rechtssätze ohne Zustimmung der Landesvertretung anordnen kann.

Wie aus ihren oben referierten Darlegungen zu ersehen ist, waren gleicher Ansicht u.a. Georg Jellinek[2], Anschütz[3], Georg Meyer[4], also die Autoren, welche zusammen mit Laband die während des Kaiserreichs herrschende Staatsrechtslehre repräsentierten. Die Lektüre ihrer Darlegungen zum Begriff des Rechtssatzes zeigt freilich zugleich, daß sie in der Definition vom "Rechtssatz" nicht übereinstimmen. Die vorstehenden Erörterungen dieser verschiedenen Definitionen von "Rechtssatz" haben ergeben, daß diese

---

104) G.Jellinek, Gesetz 233 ff.(Eine ähnliche Einteilung gibt Haenel, Studien ...).

1) **Laband, Budgetrecht 5.**
2) G.Jellinek, Gesetz 254 (s. oben, S. ...)
3) Anschütz, Theorieen 168 N.19; Meyer-Anschütz, StR 652/654 ff. (s.oben, S. ...)
4) G.Meyer, Grünhuts Z 8, 1 (25 f) (s.oben,S. ...)

Definitionen sämtlich zu eng sind, daß der von diesen Autoren zum Vorbehalt des Gesetzes gerechnete Bereich und der Bereich des Rechts nicht kongruent sind.

Die Verengung des Rechtsbegriffs und des Rechtssatzbegriffs war für diese Autoren unvermeidlich, wenn sie ihre Ansicht vom Vorbehalt des Gesetzes mit der herkömmlichen Staatspraxis im Reich und in den Bundesstaaten, die als auf einer richtigen Auslegung der Verfassungsurkunden beruhend angesehen wurde, in Übereinstimmung halten wollten. Das zeigt z.B. die folgende Ausführung von Anschütz[5]:

> Wären die organisatorischen Normen wirklich Rechtssätze, so müßte in Staaten, wo der Erlaß von Rechtssätzen ausschließlich Sache des Gesetzgebungsorgans(und seiner Delegatare) ist, also z.B. im Reich und in Preußen, jede organisatorische Norm in Form des Gesetzes oder der gesetzlich autorisierten Verordnung erlassen werden. Dem widerspricht aber die Staatspraxis sowohl im Reich als in Preußen.

Die Verengung des Rechtsbegriffs wird vermeidbar, sobald man die unangemessene Gleichsetzung von materieller Gesetzgebung und Rechtssätzen aufgibt, sobald man erkennt, daß der Rechtssatzcharakter über den Vorbehalt des Gesetzes gar nichts aussagt[6]: Es wird dann der Weg frei wie für eine zutreffende Bestimmung des Rechtsbegriffs und des Rechtssatzbegriffs so für eine Abgrenzung von gesetzgebender und vollziehender Gewalt gemäß der Einsicht, daß das Problem dieser Abgrenzung je nach den verschiedenen Verfassungsgesetzen und Verfassungsverhältnissen unterschiedlich zu lösen, daß es also ein <u>verfassungsdogmatisches</u> Problem ist und <u>nicht ein rechtstheoretisches</u>[7], wie Anschütz zu Unrecht in seiner Bemerkung meint[8]:

---

5) Anschütz, Studien 75.
6) Heller, VVDStRL 4, 98 (124).
7) vgl. Thoma, Vorbehalt 176; Kaufmann, WbDStVwR III, 688 (696); Böckenförde,Organisationsgewalt 69.
8) Meyer-Anschütz, StR 640 N.a.

Der materielle Gesetzesbegriff ist erhaben über den Wandel der Staatsformen und Staatsverfassungen, er ist auch unabhängig von dem Wechsel der Auffassungen über das Verhältnis des Rechtes zum Staat. Er ist ein Erzeugnis des Denkens nicht über den Staat, sondern über das Recht.

Es ist dann eine Konsequenz des festgestellten Auseinanderfallens des Bereichs des Vorbehalts des Gesetzes und des Bereichs des Rechts, daß die Gesetze, welche von diesen Autoren aus dem Gesichtspunkt des Eingriffs in "Freiheit und Eigentum", der "socialen Schrankenziehung" usw. als materielle Gesetze = Rechtssätze qualifiziert werden, sich nicht als die ganze Gattung "Rechtssätze", sondern nur als eine Art der Gattung "Rechtssätze" darstellen; diese Konsequenz gilt nicht nur für das Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie, sondern auch für das gegenwärtige Staatsrecht und Gemeinderecht, weil - wie eingangs dieses Kapitels erwähnt - die dorther tradierte Unterscheidung von formellen und materiellen Gesetzen (Satzungen) von der herrschenden Meinung auch für den gegenwärtigen Rechtszustand aufrechterhalten wird.

Daß die materiellen Gesetze nur eine Art der Gattung, nicht die ganze Gattung "Rechtssätze" darstellen, bedeutet wie für den Staatshaushaltsplan so für den Gemeindehaushaltsplan dies: Mit der Feststellung, daß der Haushaltsplan weder Gesetz oder Satzung im materiellen Sinne noch ein materiell gesetzlicher[9] Teil eines solchen Gesetzes oder einer solchen Satzung ist, weil er weder "sociale Schrankenziehung" bewirkt, noch in "Freiheit und Eigentum" eingreift, noch aus allgemeinen Vorschriften besteht, mit dieser Feststellung ist die Rechtssatzqualität der Sätze des Haushaltsplans noch nicht verneint, ist nicht zwischen Recht und

9) "materiellgesetzlich" ist hier als Adjektiv zu "Gesetz im materiellen Sinne" gemeint.

Nicht-Recht entschieden. Mit dieser Feststellung ist aber auch nicht gesagt, daß das Parlament zur Festsetzung des Haushaltsplans nicht zuständig sei; diese Zuständigkeit ist expressis verbis im Gesetz stipuliert. Weil dies so ist, kommt es nicht darauf an, ob bei detaillierter Untersuchung des "Vorbehalts des Gesetzes" der Haushaltsplan nicht doch noch als materiellgesetzlicher Teil eines materiellen Gesetzes (einer materiellen Satzung) zu erweisen sein könnte - sei es auf dem Wege einer extensiven Auslegung der bisherigen Lehr- und Rechtssätze über den Vorbehalt des Gesetzes, sei es auf dem Wege einer über solche Auslegung hinausgehenden Erweiterung des Vorbehalts; insbesondere kann unerörtert bleiben, ob man gar, dem Vorschlage Vogels folgend, für das gegenwärtige Staatsrecht (und wohl auch das Gemeinderecht) das Institut des Vorbehalts überhaupt aufgeben solle.[10]

B. Laband, G.Jellinek, Anschütz: Keine "Transsubstantiation" eines Nicht-Rechtssatzes durch die Anwendung der Gesetzesform

In der Auseinandersetzung mit der Behauptung Haenels, daß eine Vorschrift, die ihrem Inhalt nach ein Verwaltungsbefehl sein könne, durch die Aufnahme in ein Gesetz eine "fundamentale Umänderung ihrer rechtlichen Natur" erfahre: sie werde Norm des Gesetzgebers[11], schreibt Laband:

> Dieses Dogma von der Transsubstantiation durch die mystische Wunderkraft der Gesetzesform ist der eigentliche Grundstein aller seiner Ausführungen. Mit Hilfe dieses Dogmas ist natürlich mit Leichtigkeit der Beweis zu erbringen, daß auch ein Voranschlag von Einnahmen und Ausgaben, dadurch

10) Vogel, VVDStRL 24, 125 (147 ff, 156; 180/181).
11) Haenel, Studien II, 245.

daß er im Wege der Gesetzgebung festgestellt wird, eine fundamentale Umänderung seiner rechtlichen Natur erfährt und 'zur Rechtsvorschrift' wird. Die Schwierigkeit besteht allein darin, für dieses Dogma Gläubige zu finden[12].

Die gleiche Ansicht findet Ausdruck in dieser Wendung Georg Jellineks: Erst die Erkenntnis des Unterschiedes von materiellem und formellem Gesetz hat "zur Evidenz gelehrt...,dass die Substanz eines Staatsaktes ganz unabhängig ist von der juristischen Form, in die er gekleidet ist." [13] Anschütz schließlich gibt seine Übereinstimmung mit Laband wieder in der Behauptung, dadurch, daß der Nicht-Rechtssatz in das Gewand des Gesetzes gekleidet werde, werde er nicht zum Rechtssatz[14].

II. Die Auseinandersetzung mit den Behauptungen von Laband, G.Jellinek und Anschütz über Substanz und Form von Staatsakten wird dadurch erschwert, daß diese Autoren nicht sagen, was sie mit dem Wort "Substanz" bezeichnen. Das wäre recht angebracht gewesen, weil es Dutzende voneinander abweichender Substanzbegriffs-Definitionen gibt, worüber schon der Blick in ein ausführliches philosophisches Wörterbuch[15] belehrt. Mag man auch von vornherein ausschließen können, daß diese Autoren unter "Substanz" mit Aristoteles "Form" und "Stoff" [16][17] oder mit dem Peripatetiker Boëthos "die Form" verstehen[16] oder daß sie mit Descartes als "Substanz" ein Ding begreifen, das zu seiner Existenz keines anderen Dinges bedarf, und als einzige Substanz in diesem Sinne Gott erkennen[18], so bleiben doch genug

12) Laband, StR IV 593/594.
13) G.Jellinek, Gesetz 252.
14) Anschütz in Meyer-Anschütz, StR 646; vgl. auch dens.Studien 72: "Die Einkleidung einer Organisations-Verordnung in die Gesetzesform sei ohne rechtliche Veränderung ihrer Substanz möglich.
15) z.B. Eisler, PhilosWb III, 1448-1463, s.v. "Substanz".
16) s. Eisler, ebenda 1449.
17) vgl. auch Wundt, Logik I 519; Windelband, Philosophiegeschichte 118.
18) s.Eisler, a.a.O., 1451.

Substanzbegriffsdefinitionen übrig, die gemeint sein könnten.

Angesichts dieser Ungewißheit soll die Polemik Labands gegen Haenels Behauptung von der fundamentalen Unänderung der rechtlichen Natur einer Vorschrift durch die Aufnahme in ein Gesetz als Fingerzeig auf das von allen diesen Autoren Gemeinte genommen werden. Gemeint ist dann mit dem Ausdruck "Substanz" die rechtliche "Natur" oder, was als Synonym dafür genommen werden kann[19], das rechtliche "Wesen"[20] eines Staatsaktes[21]. Bei diesem Verständnis des Wortes "Substanz" ist zweierlei problematisch: die in dem Ausdruck "ein Staatsakt" angedeutete Vorstellung der Identität eines gedachten Staatsaktes mit einem wirklichen Staatsakt (dazu 1.) und die Vorstellung von dem unveränderlichen Wesen dieses einen Staatsaktes (dazu 2.).

Deutlicher als an dem Satz Jellineks von dem Zustand eines Staatsaktes, in eine juristische Form gekleidet zu sein, wird an der von Anschütz gebrauchten Wendung über den Vorgang des "Einkleidens", welche Vorstellung der bildlichen Redeweise von dem in die Form oder in das Gewand des Gesetzes gekleideten Staatsakt zugrundeliegt: Es existiert ein Nicht-Rechtssatz; im Wege des Gesetzgebungsverfahrens wird er in die Form oder in das Gewand des Gesetzes gekleidet-etwa so, wie der Schuster Voigt sich mit einer Hauptmannsuniform bekleidete, um in Köpenick als Hauptmann aufzutreten-;nach dieser "Einkleidung" bleibt er gleichwohl der Nicht-Rechtssatz, der er zuvor war - wie auch der "Hauptmann von Köpenick"

---

19) Vgl. Eisler, PhilosHdWb. 419 ("Natur").
20) Daß unter dem Ausdruck "Substanz" hier "das Wesen" zu verstehen sein dürfte, wird auch dadurch nahegelegt, daß Anschütz "Form" des Etats (Gesetzesform) und "Wesen" des Etats einander gegenüber stellt (Meyer-Anschütz, StR 889).
21) Über das Zusammenfließen des Substanzbegriffs mit dem Wesensbegriff vgl. Wundt,Logik I 537/538.

durch die Bekleidung oder Verkleidung kein Hauptmann geworden war-.

Diese in der bildlichen Redeweise zum Ausdruck kommende Vorstellung ist dem gemeinten Sachverhalt nicht angemessen. Denn vor dem Inkrafttreten des Gesetzes existiert die von Anschütz als "Nicht-Rechtssatz" qualifizierte Emanation des Staatswillens nicht, es existiert lediglich der (im Entwurf schriftlich fixierte) Satz, der allerst Gesetzessatz und damit Emanation des Staatswillens werden soll. Mangels Existenz eines als Emanation des Staatswillens zu begreifenden Nicht-Rechtssatzes kann also von einer Einkleidung eines solchen Nicht-Rechtssatzes in die Form oder das Gewand des Gesetzes keine Rede sein.

Es besteht demnach, entgegen der in den bildhaften Sätzen von Anschütz und Jellinek implizierten Auffassung, keine Identität zwischen dem "Nicht-Rechtssatz in Gesetzesform" und dem vor der "Einkleidung in die Gesetzesform" existierenden Entwurf oder Gedanken eines "Nicht-Rechtssatzes in Gesetzesform"; bei dem Erlaß eines "Nicht-Rechtssatzes in Gesetzesform" subsistiert also in diesem "nur-formellen Gesetz" kein "Nicht-Rechtssatz".

2. Auch wenn man, dem oben erwähnten Fingerzeig in Labands Polemik gegen Haenel nachgehend, Laband, Jellinek und Anschütz so versteht, daß sie mit der "(unveränderlichen)Substanz" eines Staatsaktes dessen "Wesen" meinen, weiß man noch nicht, was das bedeuten soll; denn mag auch die Zahl der voneinander abweichenden Wesensbegriffs-Definitionen geringer sein als die der Substanzbegriffs-Definitionen, so läßt doch 22 die nach Dutzenden zählende Menge solcher Definitionen die Ausführungen dieser drei Autoren als recht vieldeutig erscheinen.

Angesichts dieser Ungewißheit über den Sinn der Ausführungen von Laband, Jellinek und Anschütz über die Substanz oder das Wesen eines Staatsaktes

22) vgl. Mainer, PhilosWb III 1774 ff. ("Wesen").

dürfte einer Ermittlung des Sinnes auf dem Wege nützlich zu kommen sein, daß Labands Ausführungen über den in der Polemik gegen Haenel beispielhaft angezogenen Kernsatz unter dem Gesichtspunkt "Frage nach dem Wesen" betrachtet werden. Der Kernsatz zum gewohnheitsrechtlichen Wesen eines Staatsakts lautet in Labands Abhandlung über das Budgetrecht[23]:

> Es hängt auch keineswegs vom Belieben des Gesetzgebers ab, etwas, was seinem Inhalt nach kein Gesetz ist, und kein Gesetz sein kann, dadurch allein, daß er es Gesetz nennt, zum Gesetz zu machen.

Auf diesen Kernsatz wird für eine Ordensverleihung, eine Beamtenernennung pp. im Gesetzesform erläutert durch die Aussage, diese Akte seien keine Gesetze,[24] sondern seien und blieben Handlungen der Verwaltung; für das Budgetgesetz wird er erläutert durch die Aussage, der Etat sei eine Rechnung[25].

Abgesehen davon, daß die Gleichsetzung "Gesetz ⟷ Verwaltungshandlung" falsch ist - wie oben (S. 92 f.) gezeigt wurde -, erlangen sowohl der Kernsatz als auch die Aussagen über die Verwaltungshandlungen und insbesondere das Budgetgesetz einer ihnen ausdrücklich beigegebenen Begründung. Eine Begründung bezüglich der Verwaltungshandlungen läßt sich aus einer Nachlässigkeit Labands in der Gedankendarstellung erschließen: Gleich zu Beginn der Abhandlung[26] springt Laband von einer Aussage über die Bedeutung des Wortes "Gesetz" vor Einführung der konstitutionellen Staatsform (es bedeute den Ausspruch eines Rechtssatzes) unvermittelt auf Aussagen über, die als für alle Zeiten gültig ausgegeben werden[27]; der zwischen der ersten Aussage und den

23) Laband, Budgetrecht 6.
24) ders., ebenda; s. oben, S.
25) ders., ebenda, 13; s. oben S.
26) ders., ebenda, 3.
27) z.B. Laband, Budgetrecht 3: "Es wird niemals Jemandem in den Sinn kommen, ... die Verfügung einer Verwaltungsbehörde als 'Gesetz' zu bezeichnen".

andern Aussagen zu erwartende vermittelnde Satz wird nachgeholt mit der Bemerkung, der alte Begriff des Gesetzes sei bei der Annahme der konstitutionellen Verfassung nicht beseitigt worden[28]).
Eine Begründung für die Aussage über das Budgetgesetz kann in dem folgenden Satz gefunden werden[29]):

> da es zu der Sorgfalt jedes ordentlichen Wirthes gehört, für ein Unternehmen, welches bedeutende Aufwendungen erfordert, einen Voranschlag zu machen, so hat man auch lange vor Einführung der konstitutionellen Staatsform ebensowohl die Aufstellung eines Staatshaushalts-Etats als Voranschlag für die Kosten der Verwaltung, wie die nachträgliche Ablegung und Prüfung der Rechnungen als unerläßliche Erfordernisse einer geordneten Staatsverwaltung anerkannt.

Hiernach kann die Vorstellung Labands vom Wesen des Gesetzes und des Etats so wiedergegeben werden: Es gibt "das Gesetz" als eine unveränderliche, beharrende Erscheinung oder Wesenheit, die dem für alle Zeiten (vor und nach Einführung der konstitutionellen Staatsform) gültigen Begriff des Gesetzes entspricht; es gibt " den Voranschlag" als eine ebensolche beharrende Erscheinung, dessen " der ordentliche Wirth" zu "der Verwaltung" bedarf.

Nun hat Laband zwar Ausführungen gemacht über die Konstanz des Gesetzesbegriffs in der Zeit vor und nach Einführung der konstitutionellen Staatsform[28]); wenn auch durch diese Ausführungen die Konstanz des Begriffes nachgewiesen sein sollte, so ist durch sie noch nicht erwiesen, daß "das Gesetz" als eine unveränderliche, beharrende Erscheinung oder Wesenheit überhaupt existiere oder fortexistiere. (Ich kann z.B. noch heute den Begriff "Königreich Preußen" haben; daß es diesen Begriff in der Gegenwart noch gibt, beweist aber nicht, daß es das Königreich Preußen noch gebe). Und auch die

---

28) Laband, Budgetrecht 4.
29) ders., ebenda 13.

Ausführungen über " den Voranschlag", "den ordentlichen Wirth" und " die Verwaltung" für die Zeit vor und nach Einführung der konstitutionellen Staatsform, mit Bezug auf "den 'größeren Wirthschaftsbetrieb' " wie auf dem Staat insbesondere [29] taugen nicht dazu, die Existenz " des Voranschlags", " der Verwaltung", "der Verwaltungshandlung" usw. als einer beharrenden Erscheinung oder Wesenheit darzutun, welche der Gesetzgeber nicht verwandeln könnte, wenn er es auch unternähme. Daß die Behauptung, es gebe "den Voranschlag" usw. als bei der "Einkleidung in die Gesetzesform" beharrende Erscheinungen oder Wesenheiten, auf einer Hypostasierung der entsprechenden Begriffe beruht, dies kann auf zwei Wegen einsichtig gemacht werden: durch ein Erwägen der "Veränderungen", welche "ein Nicht-Rechtssatz" bei der "Einkleidung" in die Gesetzesform erfährt, (dazu a)), und durch ein Bedachtnehmen auf eine Grenze der Rechtswissenschaft (dazu b)).

a) "Veränderungen" und "ein Nicht-Rechtssatz" sind soeben in Anführungszeichen gesetzt worden, weil diese Ausdrücke geeignet sind, eine Kontinuität zwischen "einem Nicht-Rechtssatz" und " einem Nicht-Rechtssatz in Gesetzesform", eine Fortdauer jenes Satzes in diesem Gesetz anzudeuten, die - wie oben unter 1. gezeigt worden ist - nicht besteht. Führt man die Rede von den "Veränderungen eines Nicht-Rechtsatzes" auf ihren nicht-bildlichen, dem Sachverhalt adäquaten Gehalt zurück, so stellt sich die Frage, welche Eigenschaften eines "Nicht-Rechtssatzes" auf der einen Seite und eines ihm entsprechenden "Nicht-Rechtssatzes in Gesetzesform" auf der anderen Seite gleich sind und welche nicht. (Diese Frage erinnert an eine Definition von "Wesen" als Inbegriff der konstanten Eigenschaften eines Dinges, die sich - mit Varianten - u.a. bei

Kant, Bachmann,[30] Crusius, Feder[31] und Sigwart[32] findet.)

Den Ausführungen Labands über die Substanz eines Nicht-Rechtssatzes in Gesetzesform haben seine publizistischen Gegner schon seinerzeit entgegengehalten, daß ein solches angeblich nur- formelles Gesetz der ihm entsprechenden "Verwaltungsnorm" (Dienstinstruktion, Verwaltungsakt usw.) die "Gesetzeskraft" (von Martitz[33]) voraushabe. v.Martitz führt dazu aus[34], der ein solches Gesetz verkündende Monarch spreche zu den Behörden nicht als Chef der Verwaltung, sondern er verkünde den gesetzlichen Imperativ als Willen des Landes; er erkläre sich selbst an ihn gebunden und erkläre sich außerstande, ihn von sich aus abzuändern, aufzuheben oder zu suspendieren; weiterhin erkläre er, daß der von ihm verkündete Entschluß der Staatsgewalt weder wegen mangelnden Rechtsgrundes noch wegen mangelnder Zweckmäßigkeit zum Gegenstand einer Klage, einer Beschwerde, eines Verantwortlichkeitsverfahrens gemacht werden dürfe, und er erkläre ihn mit der Kraft ausgestattet, sogar entgegenstehendes Landesrecht zu brechen. Diesem Entschluß der Staatsgewalt komme demnach nicht die Bindekraft der Verfügung,[33] sondern die des Gesetzes zu, er habe Gesetzeskraft; das gelte insbesondere auch vom Budgetgesetz und dem Staatshaushalts-Etat[35]. Hiermit stimmt weitgehend die Darlegung v.Sarweys[36] überein, daß durch die Anwendung der Gesetzesform ein Verwaltungsakt seine Natur als Verwaltungsakt verliere[37]: das nunmehr gegebene sogen.formelle Gesetz unterscheide

---

30) s. Eisler, PhilosWb III, 1777 ("Wesen").
31) s. dens., ebenda , 1776.
32) Sigwart, Logik I 264.
33) v.Martitz, ZStW Bd. 36, 207 (238).
34) ders., ebenda, 234/235.
35) ders., ebenda, 269/270.
36) v.Sarwey, VwR 26.
37) so auch Böckenförde, Organisationsgewalt 76 N.18.

sich von dem Verwaltungsakt nicht nur durch die Form, sondern auch durch seine Wirkung, da es als Ausfluß der höchsten Gewalt im Staate, gegen welche kein Widerspruch berechtigt sei, unbedingte Geltung habe, von den Gerichten ohne Prüfung an anderen Gesetzen anzuwenden sei.

Die Eigenschaften, die mit dem Wort "Gesetzeskraft" bezeichnet sind, zeichnen das (verbindliche) formelle Gesetz so offensichtlich aus, daß auch Laband nicht umhin kann zu konstatieren, daß ein Gesetz nur durch ein gleichrangiges Gesetz aufgehoben werden kann und daß es anderen gleichrangigen und unterrangigen Anordnungen (d.h. auch: allen "Verwaltungsnormen") derogiert.[38] Zu diesen Eigenschaften, die man nach dem Vorgang Otto Mayers[39] als "Vorrang des Gesetzes" bezeichnet, kommt die Eigenschaft, daß das Gesetz für die Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von "Verwaltungsnormen" aller Art Maßstab sein kann[40], und dazu kommen die Eigenschaften, welche durch die insbesondere von einem Verwwaltungsakt unterschiedene "Stellung" eines Gesetzes in Gerichtsverfahren gekennzeichnet sind (vgl. z.B. §§ 42, 121 VwGO einerseits, § 47 VwGO andererseits). Vor allem aber hat ein sogen. formelles Gesetz im Gegensatz zur bloßen "Verwaltungsnorm" die Eigenschaft, daß es vom Gesetzgeber erlassen ist, nicht von " der Verwaltung", mag diese an der Formulierung des Gesetzestextes noch so stark beteiligt sein; das heißt, mit Labands Worten gesprochen: Seit dem Jahre 1850 ist im Königreich Preußen die Aufgabe, einen Voranschlag oder Staatshaushalts-Etat aufzustellen, dem König als dem "ordentlichen Wirth" genommen und dem aus dem König und den beiden Kammern bestehenden Gesetzgeber übertragen. Angesichts dieser

---

38) Laband, StR II 68 (Die Ausführungen beziehen sich auf das Reichsgesetz.)
39) Mayer, VwR I, 68.
40) vgl. Böckenförde, Organisationsgewalt 76 N.18.

Zuständigkeitsverlagerung spräche Laband nur dann zu Recht von einem gleichwohl fortdauernden Charakter der Etatsaufstellung als "Verwaltungshandlung", wenn er einen von der Zuständigkeitsverlagerung und vom Wechsel der "Formen" des Staatsakts unabhängigen Unterschied zwischen "Verwaltungshandlungen" und "Gesetzgebungshandlungen" zutreffend dargelegt hätte. Die zutreffende Darlegung eines solchen Unterschiedes war ihm jedoch nicht gelungen, wie die Untersuchung der Gegensatzpaare "gesetztes Recht ⟷ Verwaltungshandlungen", "Wollen und Denken des Staates ⟷ Handeln des Staates" und des zur Qualifizierung des Etats verwendeten Gegensatzpaares "Bedürfnis des Rechts ⟷ Bedürfnis der Wirtschaft" ergeben hatte (in § 5). Von einem " Nicht-Rechtssatz in Gesetzesform" kann demnach nur im Irrealis als von einem "Nicht-Rechtssatz" gesprochen werden, z.B.: "Würde der Etat noch, wie bis zum Jahre 1850, vom König aufgestellt, so wäre er eine Verwaltungsnorm" oder: "Träte der Gemeindehaushaltsplan durch Verfügung des Gemeindedirektors in Kraft, so wäre er eine Verwaltungsnorm". Dies erlaubt aber nicht, mit Bezug auf das geltende Recht zu sagen: "Der Haushaltsplan ist eine Verwaltungsnorm".

b) Daß die Behauptung Labands, es gebe " den Voranschlag", " die Verwaltungshandlung" usw. als bei der "Einkleidung in die Gesetzesnorm" beharrende Erscheinungen oder Wesenheiten, bei juristischer Betrachtung als auf einer Hypostasierung der entsprechenden Begriffe beruhend erscheint, wird schließlich noch durch die folgende Erwägung einsichtig gemacht werden können.

Die Behauptung Labands, der Gesetzgeber könne nicht nach Belieben etwas zum Gesetz machen,[41] läßt an ein Wort über die Allmacht des britischen Parlaments denken: Das Parlament kann alles, nur nicht aus einem Mann eine Frau machen. Man wird geneigt sein

41) s. oben, S. 191

den zweiten Halbsatz, die Aussage über die Grenzen der Parlaments-Allmacht, als zutreffend anzuerkennen. Tut man das, so hat man freilich unter einem Aspekt geurteilt, der nicht der Aspekt des Parlamentsgesetzes ist, man hat z.B. unter dem Aspekt des Anthropologen geurteilt, oder man hat sich von einer jedermann vertrauten Wirklichkeitserkenntnis leiten lassen. Denn immerhin kann das Parlament kraft seiner Fähigkeit zur Rechtssetzung bestimmen: Mr. X ist eine Frau, und für das Parlament, d.h. auch: für das Recht, ist X dann eine Frau. Eine juristische Aussage über den rechtlichen Status des Mr.X mag dann etwa lauten: "Mister X gilt als Frau", und in dieser auf eine Rechtsfiktion hinweisenden Fassung der Aussage zeigt sich die Rücksicht auf die allgemeine Wirklichkeitserkenntnis; eine solche juristische Aussage mag aber auch lauten: "Mr. X ist eine Frau". Hält man dieser letzteren Aussage entgegen "Unwahr!", so gibt man ein metajuristisches Urteil ab, so urteilt man nicht über das geltende Recht. Gleiches gilt auch für die Behauptung Labands, die Anwendung der Gesetzesform mache aus einer "Verwaltungsnorm" keine Rechtsnorm. Liegt nämlich eine Norm vor, ist zudem vorgesehen, daß der Staat Recht setzt, und ist schließlich die Zuständigkeit eines Rechtsetzungsorgans zur Setzung der Norm in dem für die Rechtssetzung vorgesehenen Verfahren nach geltendem Recht begründet, so ist die Behauptung Labands keine Aussage über geltendes Staatsrecht sondern eine Aussage über ein ideales Staatsrecht, gemäß welchem die Legislative nicht tut, was "eigentlich" "die Verwaltung" (d.h. insbesondere der Monarch) zu tun hat. Da die drei soeben genannten Voraussetzungen sowohl für den Etat nach preußischem konstitutionellem Staatsrecht gegeben waren als auch für den Haushaltsplan nach geltendem

Gemeinderecht erfüllt sind[42], ist sowohl die Behauptung Labands, der in Gesetzesform erlassene Etat sei eine "Verwaltungsnorm", als auch die entsprechende Behauptung, der Gemeindehaushaltsplan sei eine "Verwaltungsnorm", in juristischer Betrachtung als falsch zu erkennen.

---

42) Auch im nordrhein-westfälischen Gemeinderecht ist die 3.Voraussetzung - Zuständigkeit eines Rechtssetzungsorgans zum Erlaß des Etats im Rechtssetzungsverfahren- erfüllt (§ 86 IV nwGO): Auch angesichts der Entscheidung des OVG Münster vom 20.März 1957 - III A 1285/55 - E 12,177 (187 f), nach welcher der Grundsatz der Gewaltenteilung im nordrhein-westfälischen Gemeinderecht nicht gilt, bestehen keine Bedenken, den Gemeinderat als Rechtssetzungsorgan anzusehen, insofern er zum Erlaß von Satzungen zuständig ist, mag er daneben auch [illegible] vorwiegend Verwaltungsorgan sein (vgl. auch BVwG 18.3.1960 - VII C 106.59 - [illegible]); "Rechtssetzungsorgan", "Ortsgesetzgeber" und dergleichen Ausdrücke bedeuten in diesem Zusammenhang keine Balance zwischen diesem Organ und einem gleich gewichtigen andern Organ (etwa dem Gemeindedirektor) an.

4.Abschnitt: Einige rechtliche Charakterisierungen des Haushaltsplans auf Grund der Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff.

§ 11.

In der Nachfolge Labands haben nicht wenige Autoren zwar ebenfalls den Rechtssatzcharakter des Haushaltsplans verneint, sind aber von dem Begründer dieser Budgettheorie in der positiven Charakterisierung des Haushaltsplans abgewichen.

Die Bestimmung des Etats als Dienstbefehl, die sich u.a. bei v.Seydel[1], Arndt[2] und Rehm[3] findet, hält sich insofern im Rahmen der von Laband gegebenen Charakterisierung als Verwaltungsnorm, als damit eine Art der Gattung "Verwaltungsnorm" angesprochen ist. Was zur Verwerfung der Labandschen Charakterisierung des Etats als Verwaltungsnorm ausgeführt ist, gilt demnach auch für diese Bestimmung des Rechtcharakters; darum auch bedarf die gegen diese Bestimmung gerichtete Argumentation Labands[4], einen Dienstbefehl könnten die Reichsbehörden nur vom Reichskanzler und dieser vom Kaiser erhalten, keiner Erörterung.

Erörterungsbedürftig erscheinen jedoch die Charakterisierungen des Haushaltsplans als "parlamentarisches Rechtsgeschäft" (A.), als "Plan" (B.), als "Verwaltungsakt" (C.) und schließlich als "staatsleitender Akt" (und "Blankettausfüllung") (D.).

A. "Parlamentarisches Rechtsgeschäft"

"Die juristische Natur des Reichsetats" nach der Weimarer Reichsverfassung bestimmt Hatschek so: "Der Reichshaushalt ist ein in die Form des Gesetzes gekleidetes Rechtsgeschäft, welches alljährlich zwischen dem Reichstag und der Reichsregierung abgeschlossen

---

1) v.Seydel, RV, III zu Art.69 (S.387).
2) Arndt, AöR Bd. 3, 533 (540).
3) Rehm, Staatslehre 297.
4) Laband, StR IV 540 N.1.

wird und zum Inhalte hat: die parlamentarische Genehmigung für die darin enthaltenen künftig zu machenden Einnahmen und Ausgaben." [5] Der Etat ist ein "parlamentarisches Rechtsgeschäft" zwischen der Regierung und dem Reichstag [6]. Hatschek verweist noch darauf, daß der Begriff des Rechtsgeschäfts keineswegs auf das bürgerliche Recht beschränkt sei, sondern auch im Verwaltungsrecht verwendet werde und hier den größten Teil der Verwaltungshandlungen, nämlich die sogen. Verwaltungsakte darstelle[5].

II. Die Auffassung, der Etat sei ein "Rechtsgeschäft zwischen der Regierung und dem Reichstag", impliziert die Vorstellung von einem zweiseitigen Rechtsgeschäft, das also aus einer Willenserklärung des Reichstags und einer korrespondierenden Willenserklärung der Regierung besteht; Hatschek spricht denn auch von einer "Vereinbarung zwischen Reichstag und Reichsregierung"[7]. Gegen diese Auffassung ist zunächst vorzubringen, daß die rechtliche Relevanz einer etwaigen Zustimmungserklärung der Regierung nicht dargetan ist — Art.68 II der Weimarer Reichsverfassung bestimmt:"Die Reichsgesetze werden vom Reichstag beschlossen" (nicht vom Reichstag und der Regierung!). Die rechtliche Relevanz einer Zustimmungserklärung der Regierung einmal unterstellt, ist gegen diese Auffassung weiterhin vorzubringen, daß nicht zu erkennen ist, in welchem Verhalten der Regierung eine Erklärung der Zustimmung zur Verabschiedung des Budgetgesetzes durch den (allein zuständigen!) Reichstag zu finden sein soll. Für den Fall, daß der Reichstag den Etatsgesetzentwurf der Regierung ohne Änderungen zum Gesetz macht, mag man zwar in der Einbringung des Entwurfs eine vorweggenommene Zustimmungserklärung finden. Aber für den häufigeren [8] Fall, daß der

---

5) Hatschek-Kurtzig, StR II 234.
6) dieselben, ebenda 238.
7) in Hatschek-Kurtzig, StR II, 234, 238.
8) vgl. Heckel, HbDStR II. 392 (401).

Reichstag vom Entwurf der Regierung abweicht, kann in der einer Pflicht der Regierung entsprechenden Ablehnung des Entwurfs[9] keine Zustimmung zu der endgültigen Gesetzesfassung, die der Regierung noch gar nicht bekannt ist, gesehen werden. — ja, aus der Aufrechterhaltung des eingebrachten Entwurfes gegenüber Änderungswünschen aus dem Reichstag kann vielmehr die Erklärung der Regierung entnommen werden, daß sie den Änderungsvorhaben nicht zustimme[10]. Weil demnach in vielen Fällen eine Willenserklärung der Regierung, die zum Abschluß des "Rechtsgeschäfts Etat" mitwirken könnte, nicht vorhanden ist, der Etat aber dessen ungeachtet in Kraft gesetzt wird, so kann keine Rede davon sein, "der Etat" sei ein "Rechtsgeschäft zwischen der Regierung und dem Reichstag". Entsprechendes gilt für das Gemeinderecht, weil der Gemeinderat vom Entwurf des Gemeindevorstandes abweichen kann und in diesem Falle die abweichende Fassung des Haushaltsplans ohne Zustimmung des Gemeindevorstands in Kraft setzt.

Eliminiert man gemäß dem hier Ausgeführten die auf ein zweiseitiges Rechtsgeschäft hinweisenden Attribute "parlamentarisch", "(Rechtsgeschäft) zwischen der Regierung und dem Reichstag", so bleibt die Charakterisierung als "Rechtsgeschäft" übrig. Diese Charakterisierung erscheint nicht als hinreichend spezielle Bestimmung des Rechtscharakters des Haushaltsplanes. Denn damit ist nur die Grenze zu den

---

9) vgl. Heckel, HbDStR II 392 (394); für das Gemeinderecht vgl. z.B. § 86 II nwGO.

10) Heckel freilich kennt nur die Alternative, daß die Regierung die Änderungen des Entwurfs für tragbar oder für untragbar erklärt, wobei der zweite Fall mit dem Sturz der Regierung verbunden sei (HbDStR II 392-401-), der eine Unterbrechung des Verfahrens der Budgetverabschiedung herbeiführe (aaO. 396/397). Es ist nicht zu erkennen, wieso die Regierung nicht die dritte Möglichkeit haben sollte: mit der Änderung nicht einverstanden zu sein, zu der Frage der Tragbarkeit zu schweigen und im Amt zu bleiben; in diesem Falle käme das Budgetgesetz insoweit ohne Zustimmung der Regierung zustande. Die Frage bedarf hier keiner weiteren Erörterung, weil die Mißbilligung des im Haushalts-

Forts. S. 202.

"Tathandlungen" und rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen des Staates (und der Gemeinde) bezeichnet, damit ist aber keine Abgrenzung zwischen den recht diversen Arten und Unterarten der Gattung "staatliches (gemeindliches) Rechtsgeschäft" gegeben. Das wird besonders an den auch von Ratschek zum Vergleich herangezogenen verwaltungsrechtlichen Rechtsgeschäften deutlich. Als Arten erscheinen dort z.B. Rechtsgeschäfte ohne vorläufige Verbindlichkeit einer rechtswidrigen Willenserklärung (z.B. Amtshilfeersuchen, Verträge) und einseitig regelnde (verbindliche, rechtsfolgebegründende) Anordnungen[11]; als Unterarten der zweiten Art erscheinen interne Anordnungen (Verwaltungsanordnungen) und externe Anordnungen[12]; als Unterarten der externen Anordnungen erscheinen abstrakte Anordnungen und konkrete Anordnungen (das sind Verwaltungsakte), und als Unterarten der abstrakten Anordnungen generelle (Rechtsverordnungen und Satzungen) und spezielle Anordnungen[13]. Dergleichen Arten von Rechtsgeschäften, welche auf mannigfache unterschiedliche Rechtsfolgen hinweisen, welche insbesondere auch die Grenzen zwischen Rechtssätzen und anderen Sätzen markieren, werden durch die Charakterisierung des Haushaltsplans als "Rechtsgeschäft" nicht erfaßt.

Die Charakterisierung des Haushaltsplans als "parlamentarisches Rechtsgeschäft" ist demnach keine zutreffende Bestimmung des Rechtscharakters des Haushaltsplanes.

---

10) Forts. v. S.201: planentwurf niedergelegten "Regierungsprogramms" (Heckel, aaO. 400) des Gemeindevorstandes nicht zu dessen Sturz führt (wie das für die Reichsregierung - folgt man Heckel- Rechtens war).
11) so Wolff, VwR I, § 45 II b 2 ß.
12) so Wolff, ebenda, § 45, II c.
13) so Wolff, ebenda, § 45 II c 2.

B. "Plan"

Aus der Verlegenheit um eine positive Charakterisierung des Haushaltsplans, in die man sich durch dessen Qualifizierung als Nicht-Rechtssatz gebracht sieht, soll unter anderem anscheinend auch die Kennzeichnung des Haushaltsplans als "Plan" helfen. Für Rehm[14] ist das Budget "nur ein Plan, an dessen Hand die Regierung ihr anderwärts begründetes Recht zur Wirtschaftsführung bethätigt". Heckel[15] führt aus, es handle sich bei der Budgetverabschiedung "um die Aufstellung eines Plans, zwar eines höchst wichtigen Plans, aber eben nur eines Plans und nichts weiter". Und Peters[16] schreibt über den Haushaltsplan, inhaltlich sei er ein Plan, der die Bedeutung einer Ausgabe- und Einnahmeermächtigung für die Verwaltungsbehörden enthalte.

Die Kennzeichnung des Haushaltsplans als Plan ist zwar zutreffend, aber für die juristische Betrachtung des Haushaltsplans unergiebig. Denn sie läßt nicht erkennen, worin der rechtliche Unterschied z.B. zwischen einem Staats- oder Gemeindehaushaltsplan und dem Finanzplan eines Unternehmens besteht[17]. Die Unergiebigkeit dieser Kennzeichnung scheint sowohl Heckel als auch Peters bewußt gewesen zu sein: Peters nämlich begnügt sich nicht einmal damit, dem Haushaltsplan die Bedeutung einer Ausgabe- und Einnahmeermächtigung zuzusprechen, sondern charakterisiert diese Ermächtigung auch noch als Verwaltungsakt, und Heckel bleibt keineswegs bei der Aussage " ein Plan und nichts weiter" stehen, sondern kennzeichnet die Verabschiedung des Haushaltsplans als einen "staatsleitenden Akt" und kennzeichnet damit

---

14) Rehm, Staatslehre 299.
15) Heckel, HbDStR II 374 (390).
16) Peters, Lb 220.
17) Dieses Argument dürfte freilich für den dubios sein, der mit Heckel (HbDStR II 374 -391-) dem Haushaltsplan jede Rechtswirkung abspricht — doch über diese Meinung s. unten D .

den Haushaltsplan selbst. (Über die Charakterisierung des Haushaltsplans als "Verwaltungsakt" und als "staatsleitender Akt" soll unter C. und D. gehandelt werden.)

II. Neben der Kennzeichnung des Haushaltsplans als "Plan" findet sich die Kennzeichnung des Haushaltsplans einer Selbstverwaltungskörperschaft als "verwaltungsrechtlicher Plan" (Obermayer [18]), der als "Ausarbeitung eines Verwaltungsorgans, die durch verschiedene aufeinander abgestimmte Maßnahmen die Verwirklichung eines bestimmten Ordnungszustandes anstrebt"[19], definiert wird.

Anscheinend wegen der Armut an Merkmalen und des dementsprechend großen Umfangs des so definierten Planbegriffs sieht Obermayer selber in der Kennzeichnung des Haushaltsplans (ebenso wie der Raumordnungs-, Bebauungs-, Umlegungspläne usw.) als "verwaltungsrechtlicher Plan" nicht die Bestimmung seines Rechtscharakters oder seiner Rechtsnatur; vielmehr unternimmt er eine Bestimmung der Rechtsnatur nicht " des Plans", sondern " des Bebauungsplans","des Umlegungsplans", "des Haushaltsplans", indem er danach fragt, ob diese Pläne Verwaltungsakte, Rechtsverordnungen oder Verwaltungsverordnungen seien[20]. Es braucht hier nicht dem Zweifel nachgegangen zu werden, ob man überhaupt mit Obermayer den Gemeindehaushaltsplan, der von dem obersten rechtsetzenden Organ der Gemeinde erlassen wird, gleich den Verwaltungsakten und Verordnungen einer Verwaltungsbehörde als "Ausarbeitung eines Verwaltungsorgans" bezeichnen und auffassen solle. Denn mag man in dieser Bezeichnung und Auffassung des Haushaltsplans Obermayer folgen, oder mag man das nicht tun — jedenfalls wird man mit dem Autor in seiner Definition, die er unter Verwendung

---

18) Obermayer, VVDStRL 18, 144 (150, 169).
19) ders., ebenda 150, 170.
20) ders., ebenda 152 ff., 170 ff.

so vager Ausdrücke wie "verschiedene aufeinander abgestimmte Maßnahmen" und " bestimmter Ordnungszustand" vornimmt, kein Mittel finden können, welches zur Wiedergabe auch nur der hervorragenden rechtlich relevanten Eigenschaften des Haushaltsplans und damit zu seiner rechtlichen Charakterisierung taugte.

Der Ansicht Obermayers, daß mit der Kennzeichnung des Haushaltsplans als " verwaltungsrechtlicher Plan" dessen Rechtsnatur noch nicht bestimmt sei, scheint die folgende Behauptung Imbodens[21] zu widersprechen:

> Als weiteres rechtsstaatliches Irregulare, als 'aliud' gegenüber Rechtssatz und Verwaltungsakt, hat schließlich die neuere Verwaltungsrechtslehre den Plan qualifiziert.

Die Nennung der Verwaltungsrechtslehre zeigt, daß Imboden hier nicht "den Plan" (ohne jede nähere Bestimmung)meint, sondern - wie Obermayer - "den verwaltungsrechtlichen Plan". Bezüglich des Haushaltsplans ist gleichwohl der von Imboden selbst vermerkte[22] Widerspruch zu den Ausführungen Obermayers (und der hier vertretenen Ansicht) bloß scheinbar. Denn die Darlegungen von Forsthoff, Werner, Brohm und Kuttler, die Imboden als "neuere Verwaltungsrechtslehre" anführt[22], verhalten sich sämtlich über Bau- und bodenrechtliche Pläne; demgemäß wird dort der Planbegriff entwickelt bei der Betrachtung einzelner Arten von verwaltungsrechtlichen Plänen und unter dem dominierenden Aspekt des Rechtschutzes des Bürgers gegenüber Eingriffen der planenden Verwaltung in sein Eigentum. Und daß auch Imboden an raumgestaltende Pläne denkt, wenn er von "dem Plan" spricht, zeigt der Satz, mit dem er sich den Details in seinem Bericht zuwendet[23]:

---

21) Imboden, VVDStRL 18, 113 (114).
22) ders., ebenda 114 N. 6.
23) ders., ebenda 114.

Das Instrument des Planes wurde entwickelt mit der modernen Gestaltung der Siedelungsräume. Diese Behauptung kann nur dann als richtig anerkannt werden, wenn unter "Plan" nicht auch der Haushaltsplan verstanden wird: andernfalls ist sie schon durch den Hinweis auf einige Verfassungsbestimmungen widerlegt , die in den Jahren 1814 bis 1831, also viele Jahre vor der "modernen Gestaltung der Siedelungsräume", die Aufstellung und Vorlage von Staatshaushaltsplänen (Etats, Budgets usw.) vorschrieben (z.B. § 2 Nr. 3 nassVf. 1814, VII § 4 bayVf 1818, § 98 sächsVf 1831).

Demnach bedürfen hier einer Erörterung weder die "neuere Verwaltungsrechtslehre" noch insbesondere die Ausführungen Imbodens, durch welche " der Plan" als aliud gegenüber Rechtssatz und Verwaltungsakt qualifiziert wird: nur scheinbar haben diese Autoren einen Planbegriff, der an allen verwaltungsrechtlichen Plänen orientiert ist, in Wirklichkeit aber gebrauchen sie einen Planbegriff, bei dessen Aufstellung nicht auf die Merkmale aller verwaltungsrechtlichen Pläne Bedacht genommen worden ist, insbesondere nicht auf die Merkmale des Haushaltsplanes.

C. " Verwaltungsakt"

I. Nach einer verbreiteten Ansicht ist der Staatshaushaltsplan ein "Verwaltungsakt"[24]. Anschütz, der diese Ansicht auch vertritt, [25] [26] nennt sie in der letzten Auflage seines Kommentars zur Weimarer Reichsverfassung (1933) die Ansicht der "schon unter dem alten Recht und mehr noch heute herrschende(n) Lehre"[25]. Das Bundesverwaltungsgericht[27] hat diese Ansicht mit Bezug auf die

---

24) vgl. Peters, Lb. 220; Vialon, HaushaltsR 300/301, nennt das Haushaltsgesetz einen in die Form des formellen Gesetzes gekleideten Verwaltungsakt.
25) Anschütz, WRV, Anm. 5 zu Art.85.
26) gleicher Ansicht schon in Meyer-Anschütz, StR 889.
27) BVwG v. 18.3.1960 - VII C 106.59 - E. 10, 224 (225).

(Kreis-)Haushaltssatzung vertreten in dem Satz, "die Haushaltssatzung" sei "nur der Form nach Rechtsetzungsakt, dem Inhalt nach Verwaltungsakt" —— was doch auch bedeuten dürfte: der Haushaltsplan, als Teil der Haushaltssatzung, ist "dem Inhalt nach Verwaltungsakt".

In der Qualifizierung des Haushaltsplans als "Verwaltungsakt" klingen zwei Bedeutungen dieses Wortes an.

1. Die erste Bedeutung des Ausdrucks "Verwaltungsakt" findet sich in dem von Anschütz [29] in Bezug genommenen Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts von G.Meyer und Anschütz [28] in dem Satz:

> Ihrem materiellen Inhalte nach hat die Aufstellung des Etats auch im Reiche den Charakter eines Verwaltungsaktes.

Der Sinn dieses Satzes ist derselbe wie der von Labands Aussage, die Feststellung des Voranschlags der Ausgaben und Einnahmen sei ein Verwaltungsakt[29] oder Verwaltungsgeschäft, d.h. ein "Akt der Staatsverwaltung" [30]; die Identität des Sinnes dieser beiden Sätze läßt sich insbesondere aus Anschütz' Ausführung, die Veranschlagung der Einnahmen und Ausgaben, die das Wesen des Etats sei, sei Verwaltungstätigkeit[31], entnehmen. Hier ist also der Vorgang der Entstehung des Planes angesprochen, hier ist die Tätigkeit gemeint, die auf Inkrafttreten des Planes abzielt, nicht aber ist der Plan selbst, als Ergebnis der Tätigkeit, gemeint. Der Ausdruck "Verwaltungsakt" ist in diesem Zusammenhang gleichbedeutend mit dem Ausdruck "Verwaltungshandlung".

Daß die Charakterisierung des Etats als "Verwaltungsnorm" und der Etatsaufstellung als "Verwaltungshandlung" unzutreffend ist, ist oben in der Erörterung der Budgettheorie Labands (§ 5) und seiner Ausführungen über die "Substanz" oder das unveränderliche "Wesen" von Staatsakten (§ 10) dargelegt worden.

28) Meyer-Anschütz, StR 919/920.
29) Laband, Budgetrecht 16. 30) ders., ebenda 19.
31) Meyer-Anschütz, StR 889.

2. In der Qualifizierung des Haushaltsplanes als "Verwaltungaakt" trägt dieser Ausdruck aber auch und vor allem diese Bedeutung: Der Plan selber (nicht die Tätigkeit des Planfestsetzens) ist Verwaltungsakt. Nun erklären Meyer und Anschütz den Ausdruck "Verwaltungsakt" so[32]:

> Verwaltungsakte heißen die von den Verwaltungsorganen in Ausübung ihrer Zuständigkeit vorgenommenen Handlungen.

Als Unterarten von Verwaltungsakten werden u.a. Verordnungen und Verfügungen aufgeführt[33], als Unterarten von Verfügungen u.a. "Bescheide" (die "erteilt" werden, also das Ergebnis von Handlungen sind!) und die Urteile der Verwaltungsgerichte[34] (die ebenfalls das Ergebnis von Handlungen sind). Mit dem Wort "Verwaltungsakt" werden hier demnach so disparate Dinge wie Handlungen und Sätze bezeichnet.

a) Setzt man, zunächst, für "Verwaltungsakt" den Ausdruck "Handlung eines Verwaltungsorgans", so ergibt das die Behauptung, der Haushaltsplan sei die Handlung eines Verwaltungsorgans.

Diese Behauptung ist falsch: Der Komplex von Sätzen, welche der Haushaltsplan darstellt, ist ebensowenig eine Handlung, wie ein Gesetz das ist, er ist vielmehr das Ergebnis einer Handlung; bezüglich des Gesetzes ist das oben (S. 92/93) bei der Erörterung einer Behauptung Labands gezeigt worden.

b) Setzt man dann aber für all das, was Meyer und Anschütz mit dem Wort "Verwaltungsakt" meinen, - Handlungen ausgenommen- etwa den Ausdruck "Komplex von rechtlich relevanten Sätzen, den ein Verwaltungsorgan als solches in Kraft gesetzt hat", so ergibt sich wiederum die Möglichkeit zweier Deutungen der Behauptung, der Haushaltsplan sei ein Verwaltungsakt in diesem Sinne.

---

32) Meyer-Anschütz, StR 757.
33) dies., ebenda 758.
34) dies., ebenda 759.

ba. Wird, zunächst, ein weiterer Sinn dieses Ausdrucks angenommen, so bezeichnet er das, was Laband als "Verwaltungsnorm" bezeichnet. Die damit gegebene Behauptung, der Haushaltsplan sei eine "Verwaltungsnorm", hatte auch Laband vertreten; zu dieser Behauptung ist bereits oben (S. 188 ff.) ablehnend Stellung genommen.

bb. Wird, weiterhin, ein engerer Sinn des Ausdrucks "Komplex von rechtlich relevanten Sätzen ..." angenommen, so kommt man auf den Satz, der Haushaltsplan sei ein Verwaltungsakt im neueren Sinn, d.h. im Sinne der Definition Otto Mayers "ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertanen im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll" [35]. Weil die Definition Otto Mayers im Jahre 1933, da Anschütz noch den Haushaltsplan als Verwaltungsakt qualifizierte, sich fast gänzlich durchgesetzt hatte[36], liegt es nahe, diese Qualifizierung im Sinne der Mayerschen Definition zu verstehen. Nun bieten sich auch für die so verstandene Qualifizierung zwei Deutungen an, aber daß eine von beiden eine zutreffende Qualifizierung bringe, ist nicht zu ersehen.

Zum einen kann unter "Verwaltungsakt" das verstanden werden, was man verdeutlichend "formellen Verwaltungsakt" nennen mag, also eine obrigkeitliche Emanation von der Art einer Baugenehmigung zum Beispiel. Ein Verwaltungsakt in diesem Sinne ist der Haushaltsplan nicht[37]. Freilich scheint dieses [38] Wortverständnis dem folgenden Schluß von Anschütz zugrunde zu liegen: Da der Haushaltsplan Verwaltungsakt sei, so stehe der Reichstag bei der Prüfung und Feststellung des Haushaltsplanes diesem nicht in legislativer Ermessensfreiheit, sondern in jener

---

35) Mayer, VwR I 93.
36) vgl. dens., ebenda 93 N.1.
37) vgl. Wolff, VwR I, § 46 VI b.
38) Anschütz, WRV, Anm.7 zu Art.85.

rechtlichen Gebundenheit gegenüber, welche das Wesen der Verwaltung im Rechtsstaate ausmache.. Der so verstandenen Schlußfolgerung hat Heckel[39] zu Recht entgegengehalten, daß sie auf einer quaternio terminorum beruhe: statt eines Mittelbegriffs "Verwaltungsakt" werden deren zwei verwendet, nämlich zunächst der Begriff des "formellen Verwaltungsakts", dann aber (mit Bezug auf den Haushaltsplan) der Begriff "[illegible]erwaltungsakts dem Inhalt nach" oder "materiellen [illegible]altungsakts"[40], wobei dieser Begriff keine [illegible] Gattung "formeller Verwaltungsakt" ist. Diese Begriffsverdoppelung taugt nicht zur Ableitung einer wahren Aussage über einen "materiellen Verwaltungsakt" aus einer wahren Aussage über den "formellen Verwaltungsakt".

Zum andern kann unter "Verwaltungsakt" ein "Verwaltungsakt dem Inhalt nach" oder "materieller Verwaltungsakt"[40] verstanden werden. Allein, es ist nicht zu erkennen, wie die Qualifizierung des Haushaltsplans als "materieller Verwaltungsakt" zutreffen sollte und welchen Sinn es hätte, den Haushaltsplan so zu qualifizieren.

Die Unterscheidung von "Verwaltungsakten im formellen Sinne" und "Verwaltungsakten im materiellen Sinne" ist ein Seitenstück zu der Unterscheidung von "Gesetzen im formellen Sinne" und "Gesetzen im materiellen Sinne"[41]: Die Unterscheidung der Gesetze basiert auf der Vorstellung, der Gesetzgeber könne nicht durch Anwendung der Gesetzesform etwas zum Rechtssatz machen - so ausdrücklich Laband[42] - , und die Unterscheidung der Verwaltungsakte hat zur Basis die entsprechende Vorstellung, die Anschütz wiedergibt in dem Satz "Der Haushaltsplan bleibt auch

---

39) Heckel, HbDStR II 374 (387 mit N.95).
40) vgl. Heckel, ebenda, 387 N.95: "Verwaltungsakt im materiellen Sinn"; ähnlich schon Laband, StR II 180.
41) vgl. auch Heckel, ebenda, 387 mit N.95.
42) s. oben, S. 191

im Gewande des Gesetzes das, was er von Natur aus ist: ein Verwaltungsakt".[43] Diese Vorstellung vom bleibenden Charakter oder Wesen eines Verwaltungsakts kann überhaupt nur,- ihre Richtigkeit einmal unterstellt - auf solche Staatsakte zutreffen, die, wären sie nicht in der Form des Gesetzes, sondern in der ihnen " eigentlich" zukommenden Form erlassen, sowohl im materiellen als auch im formellen Sinn Verwaltungsakte wären. Diesem Erfordernis ist aber beim Haushaltsplan insofern nicht genügt, als er im Falle seines Erlasses in einem Verwaltungsverfahren nicht Verwaltungsakt im formellen Sinne wäre, weil er auch dann nicht - mit den Worten Otto Mayers gesprochen - "dem Untertanen im Einzelfall bestimmt(e), was für ihn Rechtens sein soll."[44]; sondern sich an Verwaltungsorgane richtete, weil er also, mit einem Wort, auch dann eine interne Anordnung[45] wäre.

Die Qualifizierung des Haushaltsplans als "materieller Verwaltungsakt" soll - soweit ersichtlich-zweierlei Sinn haben: zum einen den Sinn, eine Begründung für die Behauptung gewisser Grenzen des Budgetbewilligungsrechts oder Budgetrechts des Parlaments zu liefern, und zum andern den Sinn, die Begründung für die Behauptung einer Unfähigkeit des Haushaltsgesetzes, in die Rechte Dritter einzugreifen, abzugeben. Diese Qualifizierung hat jedoch weder den einen noch den andern Erfolg.

Daß die Qualifizierung des Haushaltsplans als materieller Verwaltungsakt keine Begründung für die Behauptung von Grenzen des parlamentarischen Budgetbewilligungsrechts liefert, ist oben[46] bei der

---

43) Anschütz, WRV, Anm.5 zu Art.85 (S.435).
44) s. Mayer, VwR I 93.
45) Zur Unterscheidung von internen und externen (Verwaltungs-)Anordnungen vgl. Wolff, VwR I,§ 45 II c.
46) vgl. oben, S. 209/210.

Erörterung eines auf diese Begründung abzielenden Fehlschlusses von Anschütz gezeigt worden. Diese Qualifizierung ist aber auch gar nicht erforderlich zur Darlegung von Grenzen des Budgetbewilligungsrechts. Für das Gemeinderecht ergeben sich die insoweit bestehenden Grenzen aus den Gemeindeordnungen (s. oben S. 88 f.),und für das Staatsrecht läßt sich die "legislatorische Unfreiheit" bezüglich des Etatgesetzes damit erklären, daß dieses Gesetz hinsichtlich gewisser Einnahmen und Ausgaben "ein Akt verfassungs- und gesetzmäßig gebundener Gesetzgebung", ein Akt der "gebundenen Gesetzgebung" ist (G.Jellinek [47]).

Die andere Aufgabe, die man der Qualifizierung des Haushaltsplans als Verwaltungsakt zugedacht hat, zeigt sich in der folgenden Argumentation des Bundesarbeitsgerichts[48]: Das Haushaltsgesetz sei nur formell ein Gesetz, materiell dagegen Verwaltung; daher sei es nicht imstande, in die Rechte Dritter einzugreifen. Hier ist zwar von " Verwaltung", nicht von einem "Verwaltungsakt" die Rede, aber nur der Begriff des Verwaltungsakts taugt hier als Gegenbegriff zu dem des Gesetzes: in welchem Sinne ein Gesetz sollte "Verwaltung" sein können, ist unerfindlich. Die Argumentation des Bundesarbeitsgerichts überzeugt nicht, und zwar weder in der ursprünglichen Fassung ("Verwaltung") noch in der hier korrigierten Fassung ("Verwaltungsakt"). Denn sowohl " die Verwaltung" - in welchem Sinn man diesen Ausdruck auch nehmen mag - als auch "der Verwaltungsakt" sind imstande, in die Rechte Dritter einzugreifen, worüber ein Blick in viele beliebige Verwaltungsgesetze belehrt. Freilich bedürfen solche Eingriffe der Grundlage in einem formellen Gesetz, aber für den Staatshaushaltsplan eignen sich die Verfassung und die Haushaltsordnung als solche formellgesetzliche Grundlage, und für den

---

47) G. Jellinek, Gesetz 288.

48) Beschluß des Großen Senats vom 28.11. 1956 -GS 3/
DöV 1957, 291.

Gemeindehaushaltsplan eignet sich dazu die Gemeindeordnung — daß diese Gesetze dessen ungeachtet keine Grundlage für Eingriffe in Rechte Dritter abgeben, liegt nicht daran, daß sie sich dazu " von Natur aus" nicht eigneten, sondern daran, daß der Gesetzgeber sie nicht dazu bestimmt hat.

3. Demnach trifft die Behauptung, der Haushaltsplan sei ein Verwaltungsakt, in keiner der mehreren in Betracht zu ziehenden Bedeutungen dieser Behauptung zu.

D. "Staatsleitender Gesamtakt"

Auch die Qualifizierung des Haushaltsplans als "staatsleitender Akt" soll dazu dienen, den als Nicht-Rechtssatz aufgefaßten Haushaltsplan positiv zu charakterisieren. Diese Qualifizierung ist zum Haushaltsrecht der Weimarer Reichsverfassung vor allem von Heckel vertreten worden[49], wurde vornehmlich von Menger[50] für den Rechtszustand unter dem Grundgesetz aufgenommen und wird für das Bundeshaushalts-Recht auch noch von anderen Autoren[51] vertreten. Auf das Gemeinderecht ist diese Budgettheorie bisher -soweit ersichtlich- nicht übertragen worden. Immerhin klingt sie bei Gönnenwein an, der die Gemeindehaushaltssatzung als "Leitplan" für die ganze Gemeindeverwaltung kennzeichnet[52]. Doch gehören zu ihr Argumentationen -insbesondere bezüglich des Haushaltsplans als "Blankettausfüllung"- deren Anwendung auf das Gemeinderecht nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Deswegen erscheint eine Erörterung dieser Theorie hier angezeigt, eine Erörterung freilich, die mit Rücksicht auf die Grenzen der vorliegenden Untersuchung die Frage ausläßt, ob Heckel mit dieser Theorie den Rechtszustand unter der

---

49) Heckel, HbDStR II 374 (386 ff); vgl. dazu Friauf, Staatshaushaltsplan 280.
50) Menger, VVDStRL 15, 3 (13 f).
51) z.B. Maunz-Dürig, Herzog, GG, RNr. 7 zu Art. 110; vgl. im übrigen Friauf, Staatshaushaltsplan 285, 286.
52) Gönnenwein, GemR 465.

Weimarer Reichsverfassung zutreffend wiedergibt.

I. Eingangs seiner Ausführungen über die rechtliche Bedeutung des (Reichs-)Haushaltsgesetzes im engeren Sinn (d.h. des Haushaltsgesetzes, insofern es den Haushaltsplan in seinem -wesensnotwendigen- Inhalt hat[53]) stimmt Heckel der herrschenden Lehre insoweit zu, als sie von " der rechtsstaatlichen Gewaltenteilungslehre ausgehend ... bei dem Budgetgesetz keinen der gesetzlichen Form adäquaten Inhalt, nämlich keinen Rechtssatz," finde[54], wendet sich aber gegen die aus der herkömmlichen Formel "Verwaltungsakt in Gesetzesform" abgeleiteten positiven Argumentationen, weil das Etatgesetz völlig außerhalb der rechtsstaatlichen Gewaltenteilungslehre liege und an ihr gemessen irrationabel sei.[55] Die Etatgesetzgebung setze zwar die rechtsstaatliche Gewaltenteilung und insbesondere das von ihr hervorgebrachte formelle Gesetzgebungsverfahren voraus, entspringe aber einer anderen als der rechtsstaatlichen Gedankenwelt, nämlich der demokratischen.[56]

Das entscheidende Problem im Verhältnis von Exekutive und Legislative sei hier, fährt Heckel fort, das "von Führung und Volksgesamtheit oder genauer gesagt: die demokratische Konstituierung, Legitimierung und Kontrolle der Führung."[57]

Auch vom modernen Staat werde das Problem selbständiger staatlicher Führung bejaht, und es werde von ihm mittels einer "demokratischen Funktionenteilung" praktisch bewältigt.[58] Aus dem Bereich der Exekutive werde ein Kreis von Staatsakten ausgesondert, die nicht unter dem Gesichtspunkt rechtsstaatlicher "Vollziehung", sondern als spezielle Aufgaben staatlicher "Führung" der Regierung allein vorbehalten

---

53) Heckel, HbDStR II 374 (385)
54) ders. ebenda 386.
55) ders. ebenda 386/387.
56) ders. ebenda 387.
57) ders. ebenda 387/388.
58) ders. ebenda 388.

oder von ihr zwar gemeinschaftlich mit dem Parlament aber unter gesteigerter Selbständigkeit diesem gegenüber zu erledigen seien. Diese "staatsleitenden Akte" erhielten ihr Gepräge durch das Verhältnis von Regierung und Parlament. In den Fällen, für die eine Mitwirkung des Parlaments bei der Erzeugung dieser Akte vorgeschrieben sei, erfolge die "staatsrechtliche Willensbildung ... nicht durch die Regierung allein, sondern im Zusammenwirken mit dem Parlament, d.h. durch einen staatsrechtlichen Gesamtakt, der aus korrespondierenden Beschlüssen beider Partner" bestehe.[59)]

Der Etatgesetzgebung sich zuwendend, führt Heckel aus, der Haushaltsplan habe nicht nur eine verwaltungstechnische, sondern auch eine hervorragende politische Bedeutung; er sei ebensowohl der wirtschaftliche Voranschlag für das kommende Rechnungsjahr wie ein Programm für die politische Führung des Staates. Zwar vollziehe sich der Akt -von der rechtsstaatlichen Gewaltenteilungslehre aus gesehen - im Bereich der Exekutive, aber "die Verabschiedung des Haushaltsplans" sei " eben nicht so sehr ein Verwaltungsakt als ein staatsleitender Akt."[60)]

Die Feststellung, daß dieser politische Charakter des Haushaltsplans für seine Rechtswirkung maßgebend sei, führt Heckel zunächst negativ dahin aus, daß der Haushaltsplan ein Staatsprogramm und damit nur ein Plan sei.[61)]: Rechtswirkungen wohnten dem Haushaltsplan ebensowenig bei wie irgendeinem andern Plan; er erhalte sie auch nicht durch seine Einkleidung in Gesetzesform, die nach der richtigen Ansicht der herrschenden Lehre den Inhalt des Gesetzes nicht wandeln könne. "Vielmehr wird dem Haushaltsplan Rechtswirkung durch die Reichsverfassung und die Reichshaushaltsordnung beigelegt. Die

---

59) Heckel, HbDStR II 374 (389).
60) ders., ebenda 389/390.
61) ders., ebenda 390.

Verabschiedung des Budgets ist sohin lediglich die Ausfüllung einer entsprechenden Blankettnorm der Reichsverfassung und der Reichshaushaltsordnung."[62] Positiv führt Heckel zur Rechtswirkung aus, die Wirkung, welche durch die Blankettnorm an den Haushaltsplan und das Haushaltsgesetz geknüpft werde, bestehe in der Festlegung der staatlichen Wirtschaftsführung und damit zugleich der Politik des Landes auf ein während der Etatperiode maßgebendes Gesetzprogramm[62]. In der Zusammenfassung schließlich nennt Heckel das Etatgesetz im engeren Sinn einen staatsleitenden Gesamtakt der Regierung und des Parlaments[63].

II. Die Erörterung der Budgettheorie Heckels soll in der Weise erfolgen, daß zunächst die negative Qualifizierung behandelt wird, die der Haushaltsplan durch die Kennzeichnung der Budgetverabschiedung als Ausfüllung einer Blankettnorm erfährt, (1.) danach die positive Qualifizierung als staatsleitender Akt (2.) und schließlich die - gleichfalls positive- nähere Bestimmung dieser Qualifizierung, die in der Kennzeichnung als staatsleitender Gesamtakt liegt (3.).

1. a) Nimmt man die Behauptung Heckels für sich, Rechtswirkung wohne dem Haushaltsplan nicht bei, sie werde ihm vielmehr durch die Reichsverfassung und die Reichshaushaltsordnung beigelegt, so drängt sich die Frage auf: Wie das? —— wenn Rechtswirkung dem Haushaltsplan beigelegt wird, gelangt der Plan nicht dadurch in den Zustand, daß Rechtswirkung ihm beigelegt ist, daß Rechtswirkung also ihm beiliegt oder beiwohnt? oder will Heckel einen Unterschied zwischen den Bedeutungen von "beiliegen" und "beiwohnen" in diesem Zusammenhang behaupten? Weil nun keine Bedenken bestehen, diese beiden Verben in der hier gebrauchten übertragenen Bedeutung als Synonyma

62) Heckel, HbDStR II 374 (391).
63) ders. ebenda 392.

zu nehmen, so bedarf es einer ausdrücklichen Begründung für den von Heckel ins Auge gefaßten Unterschied, will man bei der Deutung seiner Behauptung sich nicht zu unfaßlichen Subtilitäten versteigen. Als Begründung kommt die Behauptung Heckels in Betracht, der (rechtswirkungslose)Plan erhalte keine Rechtswirkung durch seine Einkleidung in Gesetzesform, weil diese den Gesetzesinhalt nicht wandeln könne.Dies ist die Argumentation Labands, G.Jellineks usw. mit dem unwandelbaren Wesen der Staatsakte, die bereits oben (§ 10,B.) erörtert und als nicht überzeugend zurückgewiesen worden ist.

b) Eine andere Begründung für die angebliche Rechtswirkungslosigkeit des Haushaltsplans ist, weiterhin, nicht in dem von Heckel in bezug genommenen[64] Satz Walter Jellineks[65] zu finden,das Haushaltsgesetz sei seit Erlaß der Reichshaushaltsordnung " noch weniger als eine Weisung in Gesetzesform", es sei dann ",formal juristisch, nur die Ausfüllung eines in der Weisung der Reichshaushaltsordnung vorkommenden Blanketts, also, genau genommen, eine Ausführungsbestimmung zu einer Weisung in Gesetzesform"; denn für die Ausfüllung von Blanketten kommen verschiedenartige "Bestimmungen" in Betracht (Gesetze, Verordnungen usw.— Weisungen an Organe, Weisungen an Amtswalter usw.) — Jellinek sagt nicht, welche Art von "Ausführungsbestimmung" er meint und ob insbesondere die "Ausführungsbestimmung" ohne Rechtswirkung oder aber mit einer (vielleicht geringen) Rechtswirkung zu denken sei.

c) ca. Hingegen unternimmt Menger eine eigene Begründung für die Behauptung,daß das Budgetgesetz ohne rechtliche Wirkung sei. Er führt aus[66], gegen die von ihm vertretene Ansicht, daß staatsleitende

---

64) Heckel, HbDStR II 374 (391 N. 119).
65) W.Jellinek, HbDStR II 160 (161); vgl. auch dens., VwR 385.
66) Menger, VVDStRL 15, 3 (13/14).

Handlungen wie das Budgetgesetz "zwar Maßnahme, aber nicht Rechtssatz seien, könnten ihre unbestreitbaren rechtlichen Wirkungen eingewandt werden. Diese Wirkungen folgen aber nicht unmittelbar aus der betreffenden Maßnahme. Die Maßnahme setzt vielmehr ein Tatbestandsmerkmal für einen Rechtssatz, und die rechtlichen Wirkungen ergeben sich aus dessen Rechtsfolgeseite."

cb. Diese Qualifizierung des Budgetgesetzes als Nicht-Rechtssatz überzeugt nicht, weil die zur Begründung herangezogene Unterscheidung von mittelbaren und unmittelbaren Rechtswirkungen des Gesetzes keinen Unterschied bezeichnet, der zwischen dem Budgetgesetz und anderen, unzweifelhaft Rechtssätze enthaltenden Gesetzen zu finden wäre.

Das ergibt ein Vergleich z.B. zwischen einem Ausgabeansatz im Bundeshaushaltsplan "500 000 DM für den Kauf eines Grundstücks in Bonn" und der Bestimmung des § 433 II BGB "Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen." Der Erlaß des Ausgabeansatzes"setzt" mehrere Tatbestandsmerkmale mehrerer Rechtssätze - u.a. der §§ 1, 33 RHO, Art.110, 76 ff. GG -, und aus der Rechtsfolgeseite der mehreren Rechtssätze ergeben sich die rechtlichen Wirkungen des Ausgabeansatzes: Erlaubnis für den betr. Bundesminister, 500 000 DM für den Grundstückskauf in Bonn auszugeben, Verbot an den Minister, mehr als 500 000 DM auszugeben, usw.. Desgleichen "setzt" der Erlaß des § 433 II BGB mehrere Tatbestandsmerkmale mehrerer Rechtssätze - u.a. der Art. 4 Nr.13; 5; 16; 17 der Reichsverfassung von 1871-, und aus der Rechtsfolgeseite dieser mehreren Rechtssätze ergibt sich, daß der Käufer zur Zahlung von Rechts wegen verpflichtet ist, weil diese Vorschrift eine bürgerlichrechtliche Vorschrift ist und demnach das Reich zu ihrem Erlaß zuständig war

(Art. 4 Nr. 13 RV 1871), weil das BGB vom Bundesrat und Reichstag beschlossen wurde (Art. 5 RV 1871), usw.. Aus der Rechtsfolgeseite dieser Rechtssätze ergeben sich also die rechtlichen Wirkungen des § 433 II BGB[67], wie sich aus der Rechtsfolgeseite jener oben genannten Bestimmungen der Reichshaushaltsordnung und des Grundgesetzes die rechtlichen Wirkungen des als Beispiel angeführten Haushaltsansatzes ergeben.

Das hier behandelte Beispiel bringt einmal mehr eine Bestätigung der bei verschiedenen Autoren zu findenden Erkenntnis, daß das "Verhältnis von Regulieren (Normieren) und Ausführen (Vollziehen)... ein relatives" ist (E.Kaufmann [68]), daß es unzutreffend ist, zwischen rechtserzeugenden und rechtsanwendenden Akten zu unterscheiden (Kelsen [69]). Haenel expliziert diesen Sachverhalt so[70]:

> Wie in einer Handlungsreihe, die sich durch eine Mehrzahl von einzelnen sich successiv bedingenden Willensakten hindurch nach dem vorgestellten Endzweck hin bewegt, sich jeder dieser einzelnen Willensakte als Zweck des vorhergehenden und als Mittel für den nachfolgenden verhält, so kann auch in einer solchen Handlungsreihe jede vorhergehende Willensbestimmung als regulativ für die folgende und als ausführend für die vorhergehende angesehen werden.

Der Erlaß des Budgetgesetzes ist - mit den hier gebrauchten Ausdrücken zu reden - eben nicht nur Rechtsanwendung, -ausführung oder -vollziehung, insofern

---

67) vgl. auch Thoma, Vorbehalt 179: Auch die Erlassung des BGB sei, von oben her betrachtet, ein Rechtsgeschäft, indem der Reichsgesetzgeber hierbei von der ihm übertragenen Befugnis einen konkreten Gebrauch mache.

68) Kaufmann, WbDStVwR III 688 (696); ähnlich Merkl, VwR 15.

69) Kelsen, RRL 240.

70) Haenel, Studien II 197; vgl. auch Thoma, Vorbehalt 179.

durch den Erlaß Tatbestandsmerkmale von Rechtssätzen der Reichshaushaltsordnung und des Grundgesetzes gesetzt" oder erfüllt werden, sondern er ist auch Regulierung, Normierung, Rechtssetzung oder Rechtserzeugung, weil z.B. die Erlaubnis für den Minister, im Jahre 1967 500.000 DM für den Kauf eines Grundstücks in Bonn auszugeben, sich nicht schon aus der Reichshaushaltsordnung und dem Grundgesetz, sondern erst aus diesen Gesetzen zusammen mit dem Budgetgesetz ergibt,[71] weil also auch das Budgetgesetz den Rechtsakt "Kaufvertragsofferte des Ministers" reguliert[72].

cc. Nach allem ist also Menger nicht zuzugeben, daß das Budgetgesetz kein Rechtssatz sei bzw. keine Rechtssätze umfasse, weil seine rechtlichen Wirkungen nur mittelbar aus ihm, unmittelbar aber aus anderen Gesetzen folgten: diese Unterscheidung kennzeichnet keinen Unterschied zwischen Rechtssätzen und Nicht-Rechtssätzen. Gleiches gilt für den Gemeindehaushaltsplan als Teil der Haushaltssatzung, weil Gemeindeordnung und Gemeindehaushaltsverordnung zu ihm in dem gleichen Verhältnis von "Blankettnormen" zur "Blankettausfüllung" stehen wie Verfassung und Reichshaushaltsordnung zum Staatshaushaltsplan bzw. zum Budgetgesetz, soweit es sich auf den Haushaltsplan bezieht.

---

71) vgl. auch Böckenförde, Gesetz 287 N.26.

72) Kelsen drückt das in dem konzisen Satz aus: "Rechtsanwendung ist zugleich Rechtserzeugung" (RRL 240). Dem kann man, gemäß dem hier bevor Erörterten, zustimmen -freilich mit den Einschränkungen, die Kelsen a.a.O. selber hinsichtlich der obersten Norm (Grundnorm) und der Zwangsakte macht (ebenso schon Haenel, Studien II 197), und mit den Einschränkungen, die sich daraus ergeben, daß der von Kelsen hier gebrauchte Rechts-Begriff in Abweichung von den herkömmlichen Begriffen von Recht (von objektivem Recht) u.a. auch Gerichtsurteile und Verwaltungsakte unter sich begreift.

Es bestehen keine Bedenken, mit Heckel dem Haushaltsplan eine hervorragende politische Bedeutung zuzusprechen: die Möglichkeit, (Staats- und Gemeinde-) "Politik zu machen", hängt weithin davon ab, daß Geld zur Verfügung steht, d.h. daß der Haushaltsplan Ausgabeansätze für die Projekte der Politiker enthält. Und weil die Erfüllung praktisch aller Aufgaben, mit welcher der Staat politisch geführt werden soll, den Staat Geld kostet,und weil die Hoch- und Geringschätzung, die der Staat seinen Aufgaben entgegenbringt, nicht zuletzt an den Beträgen der dafür aufgewendeten Geldmittel ermessen wird, erscheint Heckels Kennzeichnung des Haushaltsplans als "Programm für die politische Führung des Staates" zutreffend. Es bestehen auch keine Bedenken, den Begriff "Aufstellung des pp. Programms" unter eine höhere staatswissenschaftliche Kategorie "staatsleitender Akt" zu bringen, der daneben noch andere Begriffe zu subsumieren sein mögen.

Doch für Heckel ist die Kennzeichnung der Verabschiedung des Haushaltsplans als "staatsleitender Akt" eine Bestimmung des Rechtscharakters. Gegen die so verstandene Charakterisierung ist mehreres einzuwenden.

Heckel hat, das ist zunächst einzuwenden, nicht dargetan, daß der Erlaß des Haushaltsplans eine Handlung vollziehender Staatstätigkeit sei, deren Rechtscharakter durch diese Eigenschaft bestimmt würde. Er setzt vielmehr mit der herrschenden Lehre voraus, daß der Akt der Budgetverabschiedung " im Bereich der Exekutive" " sich vollziehe". Zu der hier vorausgesetzten Vorstellung vom unveränderlichen "Wesen" der Etatsaufstellung als "Verwaltungshandlung" ist oben (§ 10, B.) bereits dargelegt worden, daß davon in juristischer Rede nicht zu sprechen ist.

Wenn nun nicht dargetan ist, daß der Akt der Budgetverabschiedung zum "Bereich der Exekutive" gehört, so fehlt erst recht der Nachweis, daß dieser Akt

aus diesem Bereich "ausgesondert" werde und als Aufgabe staatlicher "Führung" von der Regierung (zusammen mit dem Parlament) zu erledigen sei. Geht man nämlich mit Heckel davon aus, daß " das Problem selbständiger staatlicher Führung" vom modernen Staat "bejaht" wird, so hat man sich noch nicht zu der Frage entschieden, ob es ein"Führungsorgan" oder deren mehrere im Staat gebe oder, anders gewendet, welche "Führungsaufgabe " welchem "Führungsorgan" zugewiesen sei. Das zeigt insbesondere die Weimarer Reichsverfassung, die nicht nur der Reichsregierung, sondern auch dem Reichspräsidenten Führungsaufgaben zuweist[73], u.a. den Oberbefehl über die Wehrmacht (Art.47 WRV), die Reichsexekution (Art.48 I) und die Aufrechterhaltung der Ordnung durch diktatorische Maßnahmen (Art.48 II); unter der Reichsverfassung von 1871 hatte das Deutsche Reich gar zwei Regierungen, neben der "Reichsleitung" (Kaiser, Reichskanzler, Staatssekretäre) den Bundesrat, [74] der zudem Gesetzgebungsorgan und Rechtsprechungsorgan war[75]; und nach der Weimarer Reichsverfassung ist auch der Reichstag "Führungsorgan", insofern ihm [76] z.B. die für Existenz, Gestalt und internationale Stellung des Reiches eminent wichtigen "Führungsaufgaben" der Kriegserklärung und des Friedensschlusses übertragen sind (Art.45 II WRV). Es gibt also mancherlei Führung durch mancherlei Organe —— man mag zudem mit Heckel sagen: Es gibt selbständige staatliche Führung im modernen Staat. Doch damit ist nicht gesagt, daß die Mitwirkung der Reichsregierung am Zustandekommen des Budgetgesetzes solche selbständige Führungstätigkeit sei, welche den rechtlichen Charakter des

73) vgl. Anschütz, WRV,S.244: Die Verfassung denke sich den Reichspräsidenten als führenden und leitenden Staatsmann.
74) s. Anschütz, WRV, S.241.
75) vgl. Huber, Verfassungsgeschichte III 852.
76) Dem Reichsrat bleibt lediglich, durch Einspruch hemmend oder hindernd einzugreifen (Art.74 WRV).

Haushaltsplans prägte[77]. Nichts anderes gilt vom Gemeinderecht: Ungeachtet der verschieden "starken" (insb. selbständigen) Stellung des Gemeindevorstands zur Gemeindevertretung[78] wird nach allen Gemeindeordnungen dem Haushaltsplan die endgültige Gestalt von der Gemeindevertretung gegeben, die allein die Haushaltssatzung beschließt.

Demnach wird der Rechtscharakter des Haushaltsplans nicht durch die Kennzeichnung der Budgetverabschiedung als "staatsleitender Akt" bestimmt. Diese Kennzeichnung läuft vielmehr auf das nämliche hinaus, auf das die Kennzeichnung der Feststellung des Haushaltsplans durch die Legislative als Regierungshandlung im materiellen Sinne z.B. bei Wolff[79] geht: hier vergegenwärtigt man sich nicht, welcher Art der Gattung "Rechtsakt" der Haushaltsplan unterzuordnen sei, sondern man vergegenwärtigt sich die politische Bedeutung, die Bedeutung des Haushaltsplans für den Staat[80] [81] und mag für andere Fälle, in denen zweifelhaft ist, von welchem Organ eine öffentliche Aufgabe zu erledigen sei, eine Auslegungsregel gewinnen[82].

Das Wort "Gesamtakt", mit dem Heckel das "Etatgesetz im engeren Sinn" bezeichnet, bedeutet in diesem Zusammenhang, wie seine eigenen Ausführungen und der Verweis u.a. auf Anschütz zeigen: eine Rechtshandlung, die aus mehreren Willenserklärungen gleichen Inhalts (oder, anders gesagt, gleichgerichteten Willenserklärungen) besteht[83].

---

77) vgl. auch Friauf, Staatshaushaltsplan 282: Diese Ausführungen Heckels beruhten auf einer Begriffsvertauschung.
78) vgl. dazu Pagenkopf, Einführung 93 ff.
79) Wolff, VwR I § 46 III b 1 alpha.
80) Vgl. die Ausführungen von Wolff, a.a.O. § 18 I über die Begriffe der "Regierung".
81) Mit gleichem Ergebnis spricht Böckenförde, Gesetz 287 N.26, davon, daß der Haushaltsplan "inhaltlich" staatsleitender Akt sein möge, gleichwohl aber Rechtssatz sein könne.
82) vgl. Wolff, VwR I § 16 II c.
83) vgl. Heckel, HbDStR II 374 (389 mit N.105), (s. oben, S. 215); Meyer-Anschütz, StR II 100/101; Triepel, Völkerrecht 59, 61, 49.

Heckels Ausführungen zum rechtlichen Charakter des Haushaltsplans verhalten sich nicht über den Punkt, wieso der Haushaltsplan bzw. das "Haushaltsgesetz im engeren Sinne" ein Gesamtakt der Regierung und des Parlaments sei; daß dies so sei, behauptet Heckel lediglich in der Zusammenfassung. Die Lektüre seiner Darlegungen über staatsleitende Akte und staatsrechtliche Gesamtakte überzeugt nicht von der Wahrheit dieser Behauptung: Ein zur Erzeugung eines solchen Gesamtaktes mitwirkender Beschluß der Regierung, der dem Gesetzesbeschluß des Reichstags korrespondierte, ist schon deswegen nicht zu erkennen, weil der angebliche Gesamtakt auch in den sehr häufigen [84] Fällen wirksam wird, in denen der Reichstag vom Etatentwurf der Regierung abweicht, in denen also ein "korespondierender Beschluß" der Regierung jedenfalls dann nicht vorliegt, wenn diese sich mit der Änderung nicht einverstanden erklärt. Gleiches gilt für das Zusammenwirken von Gemeindevorstand und Gemeinderat beim Erlaß des Gemeindehaushaltsplans. Für die Erwägungen im einzelnen, die zu dieser Beurteilung der Heckelschen Charakterisierung des Haushaltsplans (Haushaltsgesetzes i.e.S.) als Gesamtakt führen, wird auf die oben gegebene Erörterung der Kennzeichnung des Etats als "Rechtsgeschäft" (mit zwei Willenserklärungen) durch Hatschek verwiesen [85].

---

84) vgl. Heckel in HbDStR II 392 (401).

85) s. oben, S. 2oo f.

Schlußbetrachtung

Die Untersuchung hat ergeben, daß die verbindlichen Sätze des Gemeindehaushaltsplans und der Anlagen zum Haushaltsplan als Rechtssätze aufzufassen sind, mögen diese Sätze Gebote, Verbote oder auch - so vor allem die Ausgabeansätze - lediglich Erlaubnisse enthalten.

Zu diesem Ergebnis hat die Auseinandersetzung mit vier Gruppen von entgegenstehenden Meinungen geführt. Zunächst sind die Meinungen als unzutreffend erwiesen worden, nach denen ein Satz, der lediglich eine Erlaubnis enthält, kein Rechtssatz bzw. kein selbständiger Rechtssatz sein könne (sog. Imperativentheorie). Darstellung und Erörterung der Budgettheorie Labands, auf der die herrschende Meinung vom Rechtscharakter des Haushaltsplanes fußt, haben sodann gezeigt, daß Labands Darlegungen nicht geeignet sind, die Festsetzung des Haushaltsplans im Rechtssetzungsverfahren als Verwaltungsgeschäft und den Haushaltsplan als Nicht-Rechtssatz zu qualifizieren; dabei ist auch deutlich geworden, daß Laband mit seiner Budgettheorie Probleme hat lösen wollen, die in der verfassungsrechtlichen und politischen Situation des konstitutionellen Staates und insbesondere Preußens in den sechziger Jahren des 19. Jahrhunderts ihren Ort gehabt haben, die es aber im gegenwärtigen Gemeinderecht nicht gibt. Die anschließenden Erörterungen haben zu der Erkenntnis geführt, daß der Haushaltsplan mit dem aus der Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff übertragenen Begriff der nur-formellen Satzung nicht zutreffend rechtlich qualifiziert wird : Zum einen fallen hierunter auch rechtlich nicht relevante Erscheinungen, und zum andern sind die verbindlichen Sätze, die man für Nicht-Rechtssätze hält und als den nur-formellen Teil der Satzung kennzeichnet, Rechtssätze. Schließlich ist dargelegt worden, daß die auf

der Grundlage der Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff unternommenen positiven Charakterisierungen des Haushaltsplans (als parlamentarisches Rechtsgeschäft, Plan, Verwaltungsakt, Gesamtakt usw.) nicht zutreffend oder nicht zureichend sind.

Die Feststellung, daß die verbindlichen Sätze des Haushaltsplans als Rechtssätze aufzufassen sind, erscheint - im Gegensatz zur herrschenden Ansicht vom Rechtscharakter des Haushaltsplans - als geeignet, den Charakter des Haushaltsplans zu erklären, weil sie mit der (zu Recht) allgemein akzeptierten Vorstellung in Einklang steht, daß es Verfassungsrecht gebe, daß also insbesondere die Beziehungen zwischen Staatsorganen und die Beziehungen zwischen Gemeindeorganen vom Recht geregelt sein können. Daneben erscheint diese Feststellung als geeignet, eine Grundlage der Argumentation bei der Erörterung anderer Fragen zu sein, bei der es auch um die rechtliche Einordnung des Haushaltsplans geht, also insbesondere der Fragen nach der rechtlichen "Stellung" des Haushaltsplans in gerichtlichen Verfahren.(Diese Fragen waren hier nicht zu erörtern.)

L e b e n s l a u f

, Ulrich Voll, Sohn des Kaufmanns Heinrich Voll
seiner Ehefrau Elfriede, wurde am 29.Juni 1940
Castrop-Rauxel als deutscher Staatsangehöriger
oren. Am 20. Februar 1960 erhielt ich das
gnis der Reife des neusprachlichen Gymnasiums
trop-Rauxel. Vom Sommersemester 1960 bis zum
tersemester 1964/65 studierte ich Rechtswissen-
aft, und zwar zunächst drei Semester in
burg/L., danach zwei Semester in Freiburg i.Br.,
ließlich fünf Semester in Münster/W. Am 25.Sep-
ber 1965 bestand ich die erste und am 5.Oktober
0 die zweite juristische Staatsprüfung.